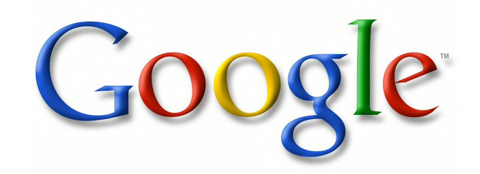


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`


3 2044 103 209 177

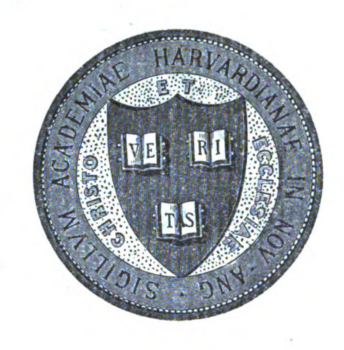
CARL SCHIEDGES

ZUM ARGLISTIGEN VERSCHWEIGEN DES VERKÄUFERS

HARVARD

Digitized by Google

5



HARVARD LAW LIBRARY

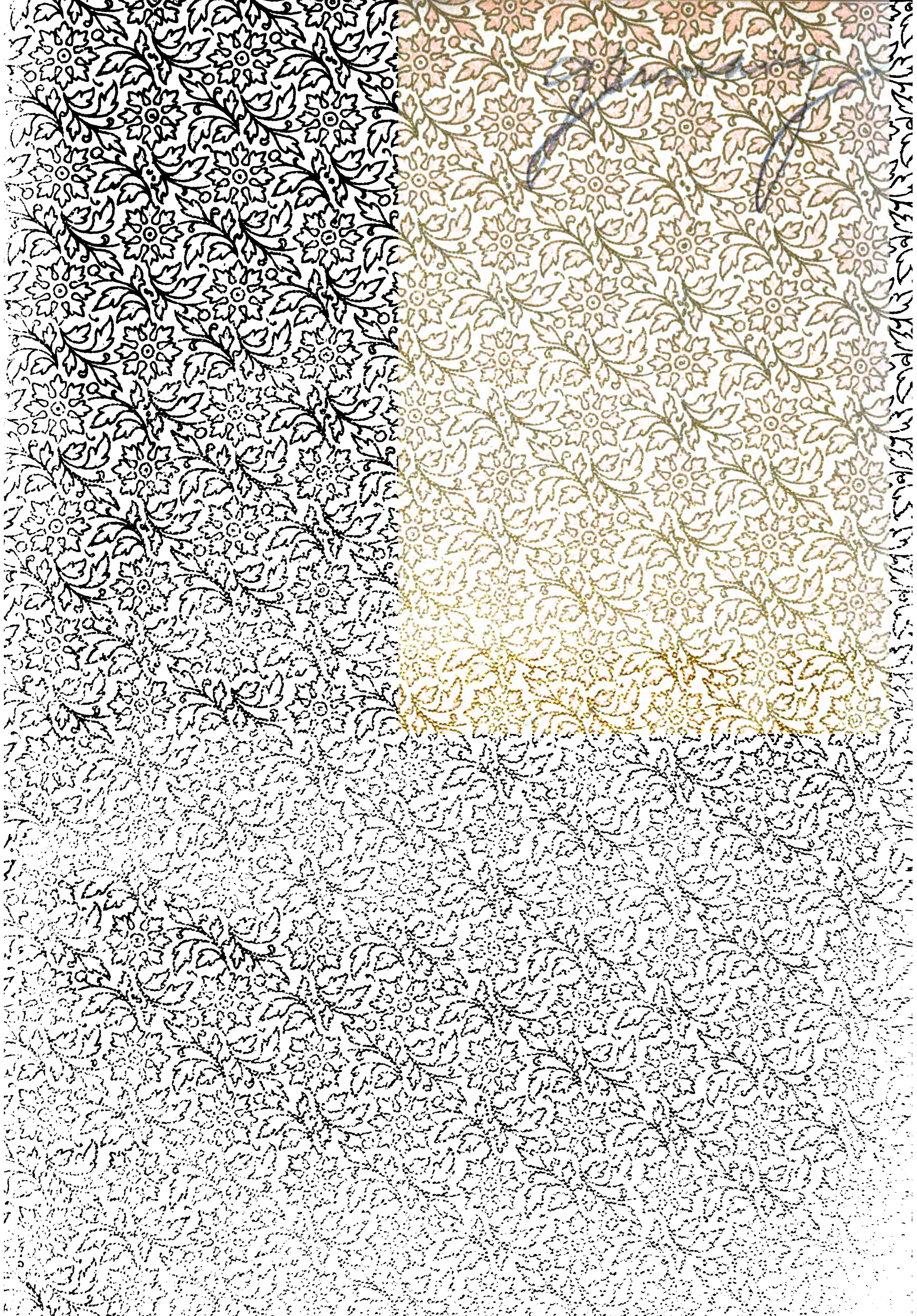
FROM THE LIBRARY

OF

ERNST LANDSBERG

Received July 15, 1932

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

ZUM

ARGLISTIGEN VERSCHWEIGEN DES VERKÄUFERS.

(Bürgerliches Gesetzbuch Abschnitt §§ 459—493.)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER RHEIN. FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BONN

VON

CARL SCHIEDGES,

GERICHTS-REFERENDAR

IN

DÜSSELDORF.



DRUCK VON L. SCHWANN IN DÜSSELDORF

1902.



Digitized by Google

Herrn Professor Dr. Landsberg
in dankbarer Verehrung

Januar 1902.   Der Verfasser

For W
S332

JUL 15 1932

Digitized by Google

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by Google

(Wenn §§ ohne Zusatz citiert sind, ist das B. G. B. gemeint.)

Digitized by Google

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht. II. 1. 1884.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Burckhardt, Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und lata culpa im Röm. Recht 1885.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts. I. 1. 1897, I. 2. 1898.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. IV. Aufl. 1898.

Crome, Die Gewährleist. wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräusserten Sache im Archiv f. civilist. Praxis. Bd. 78. Neue Folge 28. Bd. S. 122. 1892.

Dernburg, a) Pandekten. I. 5. Aufl. 1896.
b) Das Bürgerliche Recht. II. 1899.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach B. G. B. in den Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Sechste Folge, III. Jahrg. III. Heft. Der ganzen Reihe der Beiträge XLIII. Jahrg.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. II. Aufl. 1899.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. I. 1883, II. 1887.

Hasse, Die culpa des Röm. Rechts (1805). 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg (1838).

Hesse, Zur Lehre von culpa und dolus: Arch. f. civ. Praxis. Bd. 61. Neue Folge 11. Bd. S. 203.

v. Jhering, Vermischte Schriften. 1879. IV. u. V.

Kohler, Treu und Glauben im Verkehr. 1893.

Kuhlenbeck, a) Von den Pandekten zum B. G. B. II. 1899
b) Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Jurist. Wochenschr. 1896 Nummer 20/21, 15/17.
c) B. G. B. Hand-Kommentar.

Digitized by Google

Landsberg, Commissivdelikte durch Unterlassung. 1890.

Leonhard, F. Die Haftung des Verkäufers beim Vertragschlusse. 1896.

v. **Liszt,** a) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. VII. Aufl. 1900.
b) Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines B. G. B. 1889.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl. Gesetzbuchs. I. 1899.

Mommsen, F. Ueber die Haftung der Kontrahenten beim Vertragsschluss (zugl. als II. Heft der Erörterungen.) 1879.

Pernice Labeo, II. 1. II. Aufl. 1895.

Planck, B. G. B. erläutert v. Planck in Verbindung mit Achilles u. s. w. I. Bd., II. Buch, Lief. 4. 1898.

Rehbein, Das B. G. B. mit Erläuterungen. I. Lief. 1898.

Rommel, Der Betrug, strafr. Studien. Leipzig. 1894.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. 1897.

Staub, a) Kommentar zum (alten) H. G. B. V. Aufl. 1897.
b) Kommentar zum neuen H. G. B. 1900.

Weyl, Das Vershulden und die verwandten Begriffe im B. G. B. Archiv für Bürgerl. R. Bd. XIV. 1898. S. 79.

Windscheid, Pandekten. 8. Aufl. von Kipp. 1900. I. II.

Ziegler, Betrug beim Vertragsschlusse. (Gemeines Civilrecht.) 1870.

Zitelmann, a) Das Recht des B. G B. Allg. Teil. 1900.
b) Irrtum und Rechtsgeschäft (1879).
c) Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B. 1890.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Seufferts Archiv.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B. I. u. II. 1899.

Digitized by Google

Einleitung.

Die „Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängel der Sache“ bei dem Kauf[1]) (B. G. B. §§ 459 – 493) ist nach mehreren Richtungen durch ein Verhalten des Verkäufers beeinflusst, welches das B. G. B. „Arglistiges Verschweigen“[2]) nennt: Wenn ein derartiges Verhalten vorliegt, so ist nach B. G. B. **§ 476** eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, nichtig. Die Haftung des Verkäufers bleibt nach **§ 460** Satz 2 selbst bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers von den im § 459 Abs. 1 genannten Fehlern bestehen. Nach **§ 463** Satz 2 kann der Käufer, falls die Sache zur Zeit des Kaufes einen Fehler hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat. **§ 480** Abs. 2 enthält eine entsprechende Bestimmung für den Genuskauf, nur ist hier der Zeitpunkt des Gefahrübergangs massgebend. Nach **§ 477** sind die dort festgesetzten kurzen Verjährungsfristen bei arglistigem Verschweigen

---

1) Durch § 493 sind die Vorschriften des Abschnitts § 459 bis 493 für entsprechend anwendbar erklärt bei anderen Verträgen, „die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind.“ Man denke hier namentlich an die Verträge über hypothekarische Grundstücksbeleihung.

2) Siehe auch B. G. B. §§ 443, 523, 540, 600, 637 und H. G. B. § 377 Abs. 5.

Digitized by Google

nicht anwendbar. Die in **§ 478** Abs. 1 zur Erhaltung der Einrede, in **§ 479** Satz 1 zur Erhaltung des Rechtes auf Aufrechnung des Schadensersatzanspruches, in **§ 485** Satz 1 zur Erhaltung des Rechtes wegen des Mangels erforderte Anzeige ist nach § 478 Abs. 2, § 479 Satz 2, § 485 Satz 2 bei arglistigem Verschweigen nicht nötig.

Alle diese an das arglistige Verschweigen des Verkäufers geknüpften Rechtsfolgen[1]) sind für ihn nachteilige.

Das Gesetz missbilligt das Verhalten, es ist eine Art des Verschuldens[2]) im B. G. B.

Die einzelnen Thatbestandsmomente dieses Verschuldens sollen nach der objektiven und subjektiven Seite geprüft werden.[3])

Anhaltspunkte für die zu fordernden Thatbestandsmerkmale werden aus dem Wortsinne und aus dem Zusammenhange der betreffenden Gesetzesstellen gewonnen. Das Ergebnis wird gestützt durch eine kurze dogmengeschichtliche Uebersicht. Der Gegenüberstellung halber wird auch der strafrechtliche Betrug kurz herangezogen werden.

---

[1]) Vergl. über die „Rechtsfolgen des arglistigen Stillschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete". Süssheim in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 1901. No. 12—14. S. 205—214, 223—230, 237—243.

[2]) Zitelmann, Das Recht des B. G. B. (I. Teil, VI. Kap. S. 153 unter 4: Terminologie).

[3]) Zitelmann, ebendort S. 151 ff.: Auf die Anordnung des Stoffes, welche a. a. O. getroffen ist, greift die vorliegende Arbeit vielfach zurück.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Der objektive Thatbestand.

I. Der wörtliche Sinn des Ausdrucks „Arglistiges Verschweigen“ und das Ergebnis, welches aus dem Zusammenhange des Gesetzes sich folgern lässt.

1. Der wörtliche Sinn.

Nach dem Wortsinne liegt bei „arglistigem Verschweigen“ ein „Unterlassen“ vor. Verschweigen bedeutet „In Schweigen verbergen“;[1] man denkt also bei dem Worte weiter daran, dass einem Anderen infolge des Unterlassens etwas verborgen bleibt.

Das „Arglistige“, welches die innere Gesinnung in erster Linie bezeichnet, weist darauf hin, dass es sich um ein rechtlich missbilligtes, widerrechtliches Verhalten handelt.

2. Das aus dem Zusammenhang gefolgerte Ergebnis.

A. Das äussere Verhalten.

Die angeführten Paragraphen des B. G. B. ergeben, dass Subjekt des Verhaltens der Verkäufer ist, und zwar wie z. B. § 463 (Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes — wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat) ergiebt, der noch nicht

[1]) Heyne, Deutsches Wörterbuch 1895.

Digitized by Google

durch Vertrag gebundenen Verkäufer —, der, welcher den Vertrag erst abschliessen will. Bei Kaufabschluss durch Stellvertreter kommt regelmässig das Verhalten des Vertreters in Betracht; inwiefern das Verhalten des Vertretenen hier von Bedeutung werden kann, wird weiter unten (S. 67) zu erörtern sein.

Lediglich bezüglich der Form der Mitteiluug enthält der durch Boten abgeschlossene Vertrag eine Besonderheit.

Es ist nun zu erörtern, was das Objekt des „Verschweigens“ ist.

Die Ueberschrift des Abschnitts §§ 459—493 spricht von „Mängeln“ der Sache. Unter diesem Ausdruck ist sowohl das Vorhandensein von Fehlern wie das Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften zu verstehen.[1])

In **§ 459 Abs. 1 Satz 1** handelt es sich um Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern und zwar kommt nach **§ 459 Abs. 1 Satz 2** nur eine erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit in Betracht.

Bei dem Viehkaufe sind es regelmässig nur die sogenannten Hauptmängel, welche in der **§ 482 Abs. 2** festgelegten Art geregelt sind.

In **§ 459 Abs. 2** und entsprechend bei dem Viehkauf in **§§ 481 u. 492** ist unter Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen:

---

[1]) Crome: Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge. Arch. f. civ. Praxis. Bd. 78, S. 128. Gegenvorschlag a. a. O. S. 143.



Zusicherung

1. des Vorhandenseins von beliebigen wertsteigernden Eigenschaften,
2. des Nichtvorhandenseins von wertmindernden Eigenschaften [1]) ohne Rücksicht auf Erheblichkeit. [2])

Bezüglich der einzelnen Paragraphen ist nun festzustellen, über welche dieser Eigenschaften bei arglistigem Verschweigen keine Mitteilung gemacht wird.

In **§§ 460² u. 463²** wird die Mitteilung einer erheblichen wertmindernden Eigenschaft des § 459 I unterlassen. Das Gleiche gilt von **§ 480** II; im **§ 485,** I² wird ein Hauptmangel im Sinne des § 482, I nicht mitgeteilt. Eine sehr wichtige Folgerung hieraus ist, dass bei dem Viehkaufe der Verkäufer, welcher einen nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehler arglistig verschweigt, hierfür nicht aus § 463 haftet. [3])

§ 476 spricht von dem arglistigen Verschweigen eines Mangels.

Unter Mangel versteht das B. G. B. (wie bereits S. 8 bei Anm. 1 angedeutet)

1. das Vorhandensein einer wertmindernden Eigenschaft im Sinne des § 459 I,

2a. das Nichtvorhandensein einer als vorhanden zugesicherten wertsteigernden Eigenschaft,

---

[1]) Planck, B. G. B. erläutert. I. Bd. 2. Buch, Lfg. IV. 1898. Erltg. 2a zu § 459 S. 247.

[2]) Planck, a. a. O. Erltg. 2b zu § 459.

[3]) Vergl. hierzu Planck, a. a. O. Erltg. 2 zu § 482: „Mittelbar ergiebt sich aus § 482 Abs. 1 auch, dass der Käufer nur wegen arglistigen Verschweigens eines Hauptmangels den im § 463 Satz 2 bestimmten Schadensersatzanspruch geltend machen kann.“


Digitized by Google

2b. das Vorhandensein einer als nicht vorhanden zugesicherten wertmindernden Eigenschaft im Sinne des § 459, II.

Bei der Bedeutung ad 1 ergiebt sich dasselbe wie in § 460 und § 463. Nicht sofort verständlich ist der Sinn, wenn man unter Einfügung der Bedeutung ad 2 erhält:

„das Nichtvorhandensein einer als vorhanden zugesicherten Eigenschaft“

oder

„das Vorhandensein einer als nicht vorhanden zugesicherten Eigenschaft arglistig verschweigen“.

In § 477 lässt die grammatische Beziehung als Objekt des arglistigen Verschweigens eigentlich nur den „Mangel einer zugesicherten Eigenschaft“ zu.[1])

Die wörtliche Bedeutung des Ausdrucks „den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft verschweigen“ kann sein:

Der Verkäufer erklärt zunächst eine wertsteigernde Eigenschaft für vorhanden (eine wertmindernde für abwesend), erfährt dann ihr Nichtvorhandensein (Vorhandensein) und unterlässt es jetzt, dem Käufer hiervon Mitteilung zu machen. Diese Deutung würde nun aber nicht den Fall umfassen, dass der Verkäufer bereits in dem Zeitpunkt, in welchem er die Zu-

---

[1]) Wenn man dies annimmt, wäre das „Arglistige Verschweigen von Fehlern“ im § 477 gar nicht genannt. Die 30jährige Verjährung für diesen Fall wäre aus dem allgemeinen Grundsatz des § 195 zu folgern. Uebrigens ist in dem Ausdruck „Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft“ das Wort „Mangel“ nicht im technischen Sinne gebraucht, da sonst ein Pleonasmus vorläge. Vergl. zu § 477 I. Entw. § 397 und II. Entw. § 413 (Mugdan II. S. XLIII).

Digitized by Google

sicherung giebt, Kenntnis von dem Nichtvorhandensein der betreffenden wertsteigernden Eigenschaft hat, (im Falle 2 b analog!) Es ist nun nicht abzusehen, weshalb dieser Fall nicht vom Gesetzbuch behandelt sein sollte, da es doch noch mehr das Rechtsgefühl verletzt, wenn jemand einen andern von vornherein belügt, als wenn er einen Irrtum nicht eingesteht.

Man muss daher den Ausdruck wohl so deuten, dass er auch den Fall umfasst: bei Zusicherung einer Eigenschaft keine Mitteilung von ihrem Nichtvorhandensein machen, also eine Eigenschaft fälschlich zusichern. Der Begriff des Ausdrucks geht demnach über den wörtlichen Sinn hinaus. Der äussere Thatbestand des arglistigen Verschweigens kann auch ein positives Handeln umfassen.

In **§ 478** II und **§ 479**[2] ergiebt sich für das äussere Verhalten dasselbe, wie in § 476 und § 477 I, also auch hier ist „arglistig verschweigen" einerseits = arglistig eine Mitteilung unterlassen, andererseits = „arglistig fälschlich mitteilen".

Eine allerdings unmassgebliche Bestätigung dieses Ergebnisses liefern die Protokolle (S. 1415, 1416 nach Mugdan II S. 680 drittletzter Absatz): „Sachlich bestand darüber Einverständnis, dass der Fall des arglistigen Verschweigens sowohl dann gegeben sei, wenn der Verkäufer einen Mangel der § 381 II (B. G. B. § 459 I) bezeichneten Art arglistig verschweige, als auch dann, wenn er eine nicht vorhandene Eigenschaft wider besseres Wissen zusichere."

Da nach dem Gesagten das äussere Verhalten bei arglistigem Verschweigen ein „Zusichern" sein kann, so ist auch dieser Begriff zu erörtern.

Digitized by Google

In wesentlicher Uebereinstimmung mit Eccius,[1] Cosack[2] und Hanausek[3] sind als Merkmale für das Zusichern aufzustellen:

1. Es muss eine Erklärung vorliegen, — auf die Art der Erklärung wird erst später eingegangen —, durch die mit Sicherheit („ernstliche" Planck a. a. O. Erl. 2a S. 3 zu § 459 S. 247) mitgeteilt wird, die zu verkaufende Sache habe bestimmte Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2,
2. Aus dieser Erklärung muss der Verpflichtungswille (siehe Eccius a. a. O. S. 314) hervorgehen, d. h. der Wille, für die betreffende Eigenschaft zu haften.

---

[1]) Eccius (Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach B. G. B. in den „Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot", Sechste Folge, III. Jahrg., III. Heft, der ganzen Reihe der Beiträge XLIII. Jahrg., Abhandl. VI) sagt (S. 309): „Zugesichert ist eine Eigenschaft nur, wenn der Inhalt des Vertrages, also bei Notwendigkeit formellen Vertragsschlusses der Inhalt der formellen Vertragsurkunde dahin geht, dass die Eigenschaft zugesichert wird. Also es genügt nicht, dass von einer Eigenschaft vor dem Vertragsschluss die Rede gewesen ist, ohne dass sie zum Inhalt des Vertrages geworden wäre, oder dass eine Eigenschaft der Sache bloss nachgerühmt wird, ohne dass die Absicht ausgedrückt wird, dafür einzustehen; die Eigenschaft muss eine Besonderheit hervorheben, die gerade diese Sache von ähnlichen unterscheidet."

[2]) Cosack (Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1. Bd. II. Abth. 1898, § 128 I, 1 f.), verlangt, „dass die Zusicherung erkennbar in rechtverbindlicher Absicht abgegeben ist".

[3]) Hanausek (die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware I 1883 S. 76 § 11) verlangt für das gemeine Recht, „damit eine auf die Beschaffenheit der Kaufsache bezügliche Ausserung verpflichtende Wirkung habe, muss dieselbe so geartet sein, dass der Käufer sie als animo obligandi gemacht ansehen konnte".

Digitized by Google

Zu weit geht wohl Eccius, wenn er verlangt, dass bei Notwendigkeit formellen Vertragsschlusses der Inhalt der formellen Vertragsurkunde dahin gehe, dass die Eigenschaft zugesichert werde; denn die Haftung wegen Zusicherung folgt nicht aus dem Vertrage, sondern ist vom Gesetz selbständig als Rechtsfolge der Zusicherung aufgestellt. (Planck a. a. O. Erl. 2 zur Ueberschrift zum Abschnitt §§ 459 ff. S. 246.)

Allerdings wird die Ernstlichkeit der Zusicherung bei Abschluss eines formellen Vertrages, z. B. nach § 313 B. G. B. stets erheblichen Zweifeln unterliegen, wenn der formelle Vertrag nichts von der Zusicherung enthält, und so wird praktisch wohl in den meisten Fällen bei formellen Verträgen eine Zusicherung nicht auf Beachtung rechnen können, wenn sie nicht Inhalt der Vertragsurkunde bildet.

Sind nun diese für die Zusicherung aufgestellten Merkmale auch von dem positiven Verhalten bei arglistigem Verschweigen zu fordern?

Es ist sofort ersichtlich, dass der Verpflichtungswille bei „arglistigem Verschweigen“ weil dieses als Verschulden rechtlich bedeutsam wird, nicht vorhanden zu sein, daher also auch aus der Erklärung nicht hervorzugehen braucht; die Forderung von Eccius bezüglich des formellen Vertrages ist also bei dem durch Zusichern begangenen arglistigen Verschweigen jedenfalls nicht aufzustellen. Unzweifelhaft ist — alle übrigen Erfordernisse vorausgesetzt — „arglistiges Verschweigen“ anzunehmen, wenn der Verkäufer eines Hauses mündlich (der Vertrag ist nach § 313 B. G. B. abzuschliessen!) versichert, das

Digitized by Google

Haus sei frei von Schwamm, während es thatsächlich mit Schwamm behaftet ist.

Wenn so vom animus obligandi abzusehen ist, so bleibt das oben (S. 12 Nr. 1) genannte erste Erfordernis des Zusicherns auch hier.

Demnach scheiden die „allgemeinen Anpreisungen, wie sie im Verkehre üblich sind“, (Planck a. a. O. Erl. 2 a zu § 459) aus.

In solchen Anpreisungen darf man daher auch wohl nicht den äusseren Thatbestand des arglistigen Verschweigens in dem Sinne der §§ 459—493 B. G. B. erblicken. Dagegen kann auch eine solche allgemeine Anpreisung doch im besondern Falle (S. z. B. S. 37 Anm. 1) den Verkäufer haftbar machen. Und auf solche Fälle ist es dann zu beziehen, wenn Planck a. a. O. sagt: Eine Haftung wegen Betrugs kann hier unter Umständen in Frage kommen.

Nach dem Gesagten handelt es sich bei der Erklärung, welche Thatbestands-Merkmal des „arglistigen Verschweigens“ sein kann, nicht um eine Willenserklärung; die Erklärung ist lediglich „Vorstellungs-Mitteilung“ (s. Zitelmann a. a. O. S. 87). Diese Mitteilung kann durch objektive Erklärungsmittel (Zitelmann a. a. O. S. 89) geschehen, nämlich gesprochene, geschriebene, telephonierte und telegraphierte Worte, Gebärden u. a. Auch Handlungen, denen das Gesetz einen Erklärungswert beilegt, sind solche Erklärungsmittel. Ein objektives Erklärungsmittel letzterer Art kommt bei dem Kauf nach Probe oder nach Muster vor. § 494 B. G. B. bestimmt: Bei einem Kauf nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zuge-

Digitized by Google

sichert anzusehen. Die Bezugnahme auf die Probe ist also bei einem derartigen Kaufe, — dessen Vorliegen durch Auslegen des Willens der Parteien festzustellen ist, — (siehe Kuhlenbeck Kommentar z. B. G. B. 1899 Anm. z. § 494) eine zum Thatbestande des arglistigen Verschweigens ausreichende Erklärung.

Wie eine Willenserklärung durch subjektive Erklärungsmittel gemacht werden kann (Zitelmann a. a. O.), so kann die Mitteilung, dass die zu verkaufende Sache eine bestimmte Eigenschaft habe oder einen Fehler nicht habe, auch durch subjektive, d. h. nicht allgemein, sondern nur in dem einzelnen Falle wirksame Erklärungsmittel gemacht werden. Für die Zusicherung spricht Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid, bearbeitet von Kipp, 8. Auflage 1900 im § 393 unter Anm. 2) davon, dass „das Versprechen der Abwesenheit des Mangels auch stillschweigend abgegeben werden kann“. Und so könnte man in Fällen, in denen wie in dem in der Entscheidung des Reichsgerichts in Civils. I No. 108 S. 350 angeführten, in dem der Verkäufer geschwefelten Hopfen mit dem Zeichen, welches nach einer Polizei-Verordnung nur der ungeschwefelte erhalten darf, versieht, eine stillschweigende Erklärung annehmen.

Beispiele für derartige Fälle stellt für den strafrechtlichen Betrug Berner (Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. Aufl. 1898 S. 583) auf:

> „So giebt es bei Geschäften konkludente Handlungen, welche statt der Person sprechen; wer eine Sache verkauft, erklärt damit, über dieselbe verfügen zu können.“

Digitized by Google

Diese letztere Folgerung aus einer Handlung auf eine in ihr liegende Erklärung dürfte aber zu weit gehend sein und so empfiehlt es sich vielleicht überhaupt nicht, in derartigen Fällen „die Unterlassung mit der voraufgehenden oder begleitenden Thätigkeit, an welche sie sich anschliesst, als ein Ganzes zusammen zu fassen“.[1])

Namentlich würde es häufig auch zweifelhaft bleiben, ob die Erklärung eine ernstliche ist.

Für den hier behandelten Begriff wird es aber namentlich aus folgendem Grunde abzulehnen sein, in Fällen fehlender objektiver Erklärungsmittel eine Erklärung durch subjektive Erklärungsmittel anzunehmen.

Das Gesetz spricht von „Verschweigen“ d. h. es stellt das Unterlassen einer Mitteilung in den Vordergrund. Und so ist bei der Untersuchung des äusseren Verhaltens lediglich zu fragen (abgesehen von den Fällen der positiven Täuschung durch objektive Erklärungsmittel): Hat der Verkäufer eine wahrheitsgemässe Mitteilung unterlassen? Die ganze Thätigkeit des Verkäufers und darüber hinaus die ganze Thatsachenlage bei dem Kaufe wird allerdings in anderer Beziehung bei der Frage der Widerrechtlichkeit von grösster Bedeutung.

B. Der Erfolg.

Nach der Erörterung darüber, welches äussere Verhalten dem Thatbestande des „arglistigen Verschweigens“ genügen kann, ist festzustellen, ob und welcher Erfolg dieses äusseren Verhaltens verlangt wird.

---

[1]) Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten. S. 8 u. in § 2.

Digitized by Google

Bei dieser Untersuchung soll von der hauptsächlichen Rechtsfolge des arglistigen Verschweigens ausgegangen werden. Nach § 463 B. G. B. ist dies: Verpflichtung des Verkäufers zum „Schadensersatz wegen Nichterfüllung". Ein Anspruch auf Schadensersatz setzt aber zunächst voraus, dass ein Schaden entstanden ist. Dieser Schaden besteht z. B. darin, dass der Käufer für die von ihm geleistete Kaufsumme nicht ein vollwertiges, sondern infolge Hausschwammes minderwertiges Haus erhält und dadurch infolge Ausziehens von Mietern Verluste an Mietzins hat.

Weshalb aber findet dieser Schaden Berücksichtigung? Im allgemeinen würde Lieferung einer mangelhaften Sache nur einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch begründen, weil Lieferung der verkauften Sache in mangelhaftem Zustande nicht als Nichterfüllung gilt[1]). Es muss also hier ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegen. Bei der Zusicherung der Fehlerfreiheit, welche ebenfalls Schadensersatzpflicht bei Vorhandensein von Fehlern zur Folge hat, bildet die Erklärung des Verpflichtungswillens den Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht. Das äussere Verhalten bei arglistigem Verschweigen erfordert keine Erklärung eines Verpflichtungswillens; im Gegenteil, in dem vom Gesetz allein gekennzeichneten Falle findet eine Erklärung überhaupt nicht statt.

An sich also hat das äussere Verhalten des Verkäufers nicht die Wirkung ihn zum Ersatze des Schadens zu verpflichten. Man muss daher den Ver-

---

[1]) **Windscheid-Kipp a. a. O., Anhang über B.G.B., § 395 I, 2, c: „Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustand ist nicht Vertragsinhalt".**

Digitized by Google

pflichtungsgrund darin finden, dass das äussere Verhalten des Verkäufers das Entstehen des Schadens verursacht. Dies geschieht in folgendem ursächlichen Zusammenhange: Der Käufer wird dadurch geschädigt, dass er eine mangelhafte Sache in Unkenntnis der Mängel als Erfüllung annimmt. Das Verhalten des Verkäufers wirkt auf die Vorstellung des Käufers von den Eigenschaften der Sache ein.

So erklärt sich auch die ratio legis des § 460 B. G. B.; nach diesem erleidet der Käufer, welcher sich bezüglich der Sacheigenschaften in grobfahrlässiger Unkenntnis befindet, nicht den an diese sonst — abgesehen vom Falle der Zusicherung — geknüpften Rechtsnachteil, wenn der Verkäufer sich des arglistigen Verschweigens schuldig macht. Rechtsgrund der Vorschrift ist, dass der Verkäufer in diesem Falle die Vorstellung des Käufers von den Sacheigenschaften beeinflusst hat. Die Beeinflussung der Vorstellung allein ist aber eine innere Thatsache, die Rechtsfolgen nicht hat. Erst dann wird sie rechtlich bedeutsam, wenn sie das Handeln, d. h. hier die Erklärung des Vertragswillens durch den Käufer, beeinflusst.

Drei Punkte sind es also, welche sich als Folgen des äusseren Verhaltens ergeben müssen, damit es rechtlich bedeutsam werde:

1. Einwirkung des äusseren Verhaltens des Verkäufers auf die Vorstellung des Käufers von den Eigenschaften der Sache.
2. Einfluss dieser Vorstellung auf den Vertragsschluss.
3. Entstehen eines Schadens.

Digitized by Google

Diese Folgen sind kurz zu beleuchten; hierbei wird sich die wesentlich verschiedene Bedeutung der Folge zu 3. im Gegensatze zu den Folgen 1. und 2. ergeben.

ad 1. Die unter 1. genannte Vorstellung muss eine solche sein, welche der Wirklichkeit nicht entspricht, m. a. W. das äussere Verhalten des Verkäufers muss bewirken, dass der Käufer eine falsche Vorstellung „negativen Inhalts“ [1]), dass die in Wirklichkeit vorhandenen Fehler nicht vorhanden seien, oder eine falsche Vorstellung „positiven Inhalts“ [1]), dass die Sache nicht vorhandene wertsteigernde Eigenschaften habe, erhält. Auch ist es möglich, dass infolge des Verhaltens des Verkäufers der Käufer überhaupt nicht erfährt, dass bei der Sache die betreffenden Fehler möglich sind („ignorare“) [1]). Es muss also ein Irrtum im Käufer vorhanden sein.

ad 2. Folge dieses Irrtums ist, dass eine bestimmte Sache Kaufgegenstand wird. Es wird aber, wenn man genauer sein will, nicht eigentlich die Billigung der Sache an sich, sondern die Billigung gewisser Eigenschaften der Sache motiviert. Man kann dies in Anlehnung an l. 8 pr. D. XVIII, 6 so ausdrücken: Es wird die Einigung, qualis sit res, beeinflusst. Die Eigenschaften der Sache werden aber meistens ausschlaggebend dafür sein, dass die bestimmte Sache gerade gewählt wird, oder anders ausgedrückt: in den meisten Fällen würde der Käufer die Sache nicht als Kaufgegenstand genommen haben, wenn er den arglistig verschwiegenen Fehler gekannt hätte. Der Erfolg kann der sein, dass der Käufer infolge des arg-

[1]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft IV, 1 I, 1 u. 2 321 u. 322.

Digitized by Google

listigen Verschweigens eines Fehlers das Haus x kauft, während er sonst überhaupt keinen Kauf abgeschlossen hätte oder auch, dass er etwa das Haus y desselben Verkäufers gekauft hätte; gleichzustellen ist diesem Falle der, dass der Käufer zwar auch bei unbeeinflusster Vorstellung das Haus x gekauft hätte, aber nicht, wie jetzt, zum Preise von 100000, sondern zum Preise von 80000. In diesen Fällen ist der Verkäufer zur Abgabe der Willenserklärung, d. h. hier zur Erklärung des Willens, das Haus x zum Preise von 100000 zu kaufen, bestimmt worden; es liegt dolus causam dans[1]) vor, der auch zur Anfechtung des Vertrages nach § 123 B. G. B.[2]) berechtigen würde.

Aber eine „Bestimmung zur Abgabe der Willenserklärung durch das arglistige Verschweigen" ist durch das Gesetz nicht gefordert. Daraus folgt, dass auch dann der Thatbestand des arglistigen Verschweigens erfüllt sein kann, wenn eine solche Bestimmung nicht vorhanden ist. So liegt auch dann arglistiges Verschweigen vor, — die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt —, wenn der Käufer bei unbeeinflusster Vorstellung zwar auch das Haus x zum Preise von 100000 gekauft hätte, aber doch eine Motivierung der Einigung darüber, qualis sit res, stattgefunden hat; der Käufer hätte irgend welche Nebenbestimmungen verlangt, wenn er den Fehler des Hauses gekannt hätte. Z. B. wäre bei unbeeinflusster Vorstellung

[1]) Zu diesem Begriff s. Ziegler a. a. O. § 14 S. 45 ff., Hanauseck I § 21, II S. 158; Mot. S. 229 (nach Mugdan II S. 126 zu § 385).

[2]) Zu § 123 s. unten Seite 82.

Digitized by Google

Auswechslung einiger schwammbehafteter Balken verlangt worden.

Begrifflich ist also das arglistige Verschweigen auch als dolus incidens[1]) relevant. Es ist arglistiges Verschweigen vorhanden, wenn — immer die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt — der Käufer darthut, ceteris paribus hätte er den Fehler der verkauften Sache nicht durchgehen lassen, nicht aber braucht festzustehen, der Käufer hätte die Erklärung: „ich kaufe das Haus x zu 100000“ nicht abgegeben.

Die Billigung der verkauften Sache hinsichtlich ihrer Eigenschaften erfolgt bei dem Spezieskauf zugleich mit dem Abschlusse des Vertrages. Zur „Zeit des Kaufes“ muss also die Einwirkung stattgefunden haben. Sie liegt also vor dem Abschluss des Vertrages.

Bei dem Genuskauf dagegen erfolgt die Bestimmung der Einzelsache zur Leistung erst dann, wenn die Gefahr übergeht; und so ist nach § 480 Abs. 2 B.G.B. („zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergeht — arglistig verschwiegen hat“) eine Einwirkung bis zu diesem (§§ 446, 447, 300 Abs. 2 B.G.B. festgesetzten) Zeitpunkt rechtlich bedeutsam[2]).

ad. 3. Die weitere Folge des äusseren Verhaltens, welche oben verlangt wurde, damit das arglistige Verschweigen für den Verkäufer einen Rechtsnachteil

---

[1]) S. die S. 20 Anm. 1 aufgeführten Stellen.

[2]) Die Motive (S. 243 Mugdan S. 134 e) erklären bzgl. des jetzigen § 480 II. B.G.B.: „Diese Abweichung vom Fall des Vertrages über eine Spezies ergiebt sich mit Notwendigkeit daraus, dass bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schliessung des Vertrages, sondern mit dem Übergang der Gefahr zusammenfällt.“

Digitized by Google

nach sich ziehe, der Schaden, ist nicht Thatbestandsmerkmal des arglistigen Verschweigens, sondern nur Voraussetzung für das Entstehen eines Anspruchs des Käufers.

Zunächst enthält der Ausdruck „arglistiges Verschweigen“ keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Thatbestand das Entstehen eines Schadens erfordert.

Wie aber das Schadensmoment für das „arglistige Verschweigen“ bedeutsam wird, mag folgende Gegenüberstellung zeigen.

Einer der in § 823 I B. G. B. enthaltenen Deliktsthatbestände besagt: „wer vorsätzlich — das Eigentum — eines andern widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Dieser Thatbestand verlangt also unter anderem Entstehen eines Schadens aus der Verletzung. Noch klarer drückt § 826 aus, dass das Entstehen eines Schadens Thatbestandsmerkmal ist: „Wer vorsätzlich Schaden zufügt.“ Das Entstehen eines Schadens muss aber auch der Käufer nachweisen, der den Anspruch aus § 463 Satz 2 erhebt.

Das Gesetz bringt aber hier eine andere Fassung: (§ 463 Satz 1 unter Einsetzung des „arglistigen Verschweigens“ an Stelle der „Zusicherung“.) „Hat der Verkäufer zur Zeit des Kaufes einen Fehler der verkauften Sache arglistig verschwiegen, so kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.“

Aus dieser Ausdrucksweise geht hervor, dass das Gesetz in § 460 eine andere Konstruktion, wie bei den vorerwähnten Thatbeständen wählt, obwohl in allen übereinstimmend Rechtsgrund der Schadens-

Digitized by Google

ersatzpflicht der ist, dass schuldhafter Weise ein Schaden verursacht wird. Der Schaden wird aber nach § 460 in anderer Weise bedeutsam, wie bei den angeführten unerlaubten Handlungen. Wenn der Verkäufer sich des vom Gesetz als arglistiges Verschweigen bezeichneten Verschuldens schuldig macht, dann gilt die Lieferung der mangelhaften Sache als Nichterfüllung. Wegen der Nichterfüllung aber hat der Käufer einen Ersatzanspruch. Er hat ihn jedenfalls, aber Voraussetzung dafür, dass dieser Anspruch einen positiven Inhalt gewinnt, ist, dass ein Schaden entstanden ist; denn wo kein Schaden vorhanden ist, da ist auch der Ersatzanspruch inhaltlos.

Nur in dieser Beziehung ist demnach die Schadensfolge bedeutsam.

Inwiefern diese Loslösung des Schadens aus dem Thatbestande des arglistigen Verschweigens, welche zunächst lediglich als Begriffsspielerei erscheinen könnte, von Bedeutung ist, wird weiter unten (S. 65 u. S. 83) zu zeigen sein.

Einer Erwähnung bedarf noch die Frage des Kausalzusammenhanges. Bei der Unterlassung einer Mitteilung seitens des Verkäufers ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem im vorhergehenden geforderten Erfolge und dem Verhalten des Verkäufers so zu verstehen, dass die entsprechende Handlung (Zitelmann a. a. O. S. 161), die Aufklärung über die Sacheigenschaften gebracht, den Irrtum und damit die weiteren Folgen beseitigt haben würde. In ähnlicher Weise verlangt Landsberg (Commissivdelikte durch Unterlassung 1890 S. 157), damit die Unterlassung einer Thätigkeit „ein Ereignis zur Folge hat,

Digitized by Google

dass dieses Ereignis durch jene Thätigkeit hätte ausgeschlossen werden können". Zu beachten ist übrigens (Zitelmann B.G.B. S. 163), dass man von Kausalität der Unterlassung nur redet, wenn ein Handeln schlechthin oder durch konkrete Umstände geboten war. Bei einer derartigen „Einwirkung durch Unterlassung" kann man, — und dies ist verständlicher —, von Benutzen des Irrtums sprechen. Zitelmann (Rechts-Geschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches 1890) definiert das Benutzen dahin:

> „Benutzt heisst: wenn der Andere bewirkt, dass ein vorhandener Irrtum als Motiv wirkt oder in Verhältnissen, wo der Irrende Aufklärung eines etwaigen Irrtums durch ihn hätte erwarten dürfen, dem Irrtum die Wirksamkeit als Motiv nicht nimmt."

Wenn ein positives Handeln auf Seiten des Verkäufers vorliegt, so kann die Einwirkung auf die Vorstellung des Käufers entweder so geschehen, dass in ihm eine falsche Vorstellung erregt wird oder in der Weise, dass eine schon vorhandene falsche Vorstellung in ihm bestärkt wird.

Der Nachweis eines Erfolges des äusseren Verhaltens muss, da es sich um innere Thatsachen handelt, auf Indizien gestützt werden. Namentlich wird es, wenn die Irrtumserregung nachgewiesen ist, zum Nachweise des ursächlichen Zusammenhanges dieser und der Einigung, „quod venierit, quale sit", genügen, wenn der Beweisführer sich darauf berufen kann, als verständiger Mensch musste der Käufer unter diesen Umständen so handeln. Aber hierbei sind stets auch die Verhältnisse des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Digitized by Google

In dieser Hinsicht sei hingewiesen auf eine bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 7 No. 391 S. 141 angeführte Entscheidung, welche besagt; „dass Kausalnexus zwischen Betrug und Vertragsschliessung nicht nach subjektiver Begabung und sonstiger Beschaffenheit des Betrogenen, sondern objektiv nach dem Massstabe zu beurteilen sei, wie ein verständiger Mann unter obwaltenden Umständen gehandelt haben würde, kann in dieser Allgemeinheit als Rechtswahrheit nicht anerkannt werden.“ [1])

Es müssen nun noch einige Besonderheiten bezüglich des Zeitpunktes, in dem das arglistige Verschweigen rechtlich von Bedeutung ist, besprochen werden. In den §§ 478², 479, 485 ist Rechtswirkung des arglistigen Verschweigens, dass die Unterlassung einer Anzeige (nur die Anzeige sei aufgeführt!) seitens des Käufers binnen einer bestimmten Frist nicht wie regelmässig den Untergang eines Anspruches oder einer Einrede für ihn zur Folge hat. Da die in Betracht kommende Frist erst nach dem Abschlusse des Kaufes zu laufen beginnt und zu laufen aufhört, so liegt, wenn man von der Rechtswirkung auf den Kausalzusammenhang schliessen will, die Folgerung nahe, dass auch ein nach dem Abschluss des Kaufes eintretendes arglistiges Verschweigen hier juristisch relevant ist. Das Gleiche gilt für den Fall des § 477; Cosack [2])

---

[1]) Siehe auch Jhering, Verm. Schriften, V, Lucca-Pistoja § 22 S. 319 unten.

[2]) Cosack a. a. O. I, 2 § 127² d S. 432: „Hier, wo es sich um den Ausschluss der kurzen Verjährung handelt, genügt es dagegen, wenn der Verkäufer entweder bei dem Abschluss oder bei der Erfüllung arglistig geschwiegen hat: er bemerkt z. B.

Digitized by Google

ist der Ansicht, dass es in § 477 genüge, wenn der Verkäufer bei dem Abschluss oder bei der Erfüllung des Kaufes arglistig verschwiegen habe und findet hier einen Gegensatz zu § 460. M. E. muss man in den von Cosack in der Anm. aufgeführten Fällen einen Unterschied machen, je nachdem das arglistige Verschweigen nach Abschluss des Kaufes lediglich eine Fortsetzung des arglistigen Verschweigens vor dem Kaufabschluss bildet, oder ob es erst nach dem Kaufabschluss neu eintritt. In dem ersten Fall ist die Rechtsfolge der §§ 477 ff. lediglich ein weiterer Nachteil, der sich an die Schadensersatzverpflichtung anschliesst, im zweiten Falle aber handelt es sich um eine andere Verschuldungsart, es liegt in diesen Fällen kein dolus in contrahendo vor. (S. u. S. 80.)

C. Die Widerrechtlichkeit.

Da es sich bei dem arglistigen Verschweigen um ein nicht vom Gesetz gebilligtes Verhalten handelt, so ist festzustellen, gegen welche Norm der Verkäufer durch arglistiges Verschweigen verstösst.

Vom moralischen Standpunkte aus verstösst der, welcher etwas nicht Wahres behauptet, sofern die subjektiven Thatbestandsmerkmale vorliegen, gegen die Pflicht, die Wahrheit zu sagen, und ebenso verlangt die Moral durchweg, dass man einen Irrenden

nachträglich in einem bereits verkauften Buche einen Fettfleck und verklebt die betreffenden Seiten; auch eine Ausbesserung der Sache gehört hierher, falls sie geschieht, um den Fehler zu verdecken, nicht um ihn möglichst zu beseitigen: der Verkäufer versucht z. B. den abgebrochenen Henkel eines schweren zu Gebrauchszwecken bestimmten Kruges anzukitten."

Digitized by Google

aufkläre, wenn man weiss, dass ein Irrtum ihm Schaden bringt. Derartige Verpflichtungen kennt das Recht, es sei denn, dass besondere Vertragsverhältnisse vorliegen, durchaus nicht. Im vorliegenden Falle handelt es sich um Verpflichtung zur Wahrheit beziehungsweise zur Aufklärung bei Abschluss eines Kaufvertrages, d. h. da, wo die Parteien noch nicht durch Vertrag gebunden sind, sondern sich durch Vertrag binden wollen.

Die Rechtsnorm, welche das Verhalten der Vertragschliessenden regelt, heisst: „Treu und Glauben". Nach § 242 B. G. B. ist der Verkäufer verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" erfordern.

Und so muss sich der Verkäufer auch bei der Bestimmung des zur Leistung verwandten Gegenstandes so verhalten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es verlangen. Landsberg (a. a. O. S. 272) spricht von der Pflicht zur gegenseitigen redlichen Behandlung. Diese Pflicht kann man unbedenklich als eine Rechtspflicht bezeichnen. von Liszt (Lehrbuch des deutschen Strafrechts 10. Aufl. Berlin 1900) drückt sich so aus: „wenn eine Rechtspflicht zum Reden bestand, die aber auch durch Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr gefordert sein kann.[1]"

---

[1]) Anders bezüglich der guten Sitten des § 826 B. G. B. Windscheid-Kipp a. a. O. I. Bd. § 101 S. 452.

„Die guten Sitten", bei denen übrigens das Gesetzbuch die Verkehrssitte nicht heranzieht, fasst sehr streng auf ein in der juristischen Wochenschrift Nr. 42, 43 des XXX. Jahrg. mitgeteiltes Urteil des Reichsgerichts III. Civil-Senat vom 11. April 1901, welches

Digitized by Google

Namentlich das B. G. B. hat „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ zu einer Rechtsnorm gemacht. (Siehe z. B. §§ 242, 157, 162, 815.) Der Verkäufer handelt demnach widerrechtlich, wenn er nicht so handelt, wie der Käufer bei Berücksichtigung der Verkehrssitte von einem ehrlichen Mann erwarten kann. Dadurch ergiebt sich nun für den Verkäufer zunächst keine positive Verpflichtung, sondern er ist nur verpflichtet, sich einer Beeinflussung des Käufers zu enthalten.[1])

Damit ist festgestellt, dass der Verkäufer widerrechtlich handelt, wenn er falsche Auskunft über die Sacheigenschaften giebt.[2])

Darüber hinausgehend stellt Kohler eine Auskunftspflicht auf.[3])

In ähnlicher Weise verlangt Mommsen vom Verkäufer Offenheit bezüglich der Sachmängel.[4])[5])

---

so weit geht zu sagen, selbst „wenn die Schaden erregenden Handlungen, Massregeln, wie sie ähnlich im freien Wettbewerb täglich angewendet werden“, darstellten, so sei damit der § 826 noch nicht abgefertigt.

[1]) Nur die negative Verpflichtung, sich der betrügerischen Einwirkung auf den Entschluss des anderen Teils zu enthalten. (Jhering Lucca-Pistoja Aktienstreit § 9 S. 266 in Verm. Schriften.)

[2]) Eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art siehe im R.-Ges. v. 22. Juni 1896 (Reichsbörsengesetz) § 43 Satz 1 bzgl. unrichtiger Angaben in Prospekten.

[3]) Kohler (Treue und Glauben im Verkehr, ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1893): „Über die Qualität ist der Verkäufer verpflichtet volle und völlig wahre Auskunft zu geben.“

[4]) Mommsen (Über die Haftung der Kontrahenten, 1879) in Anhang 1 Seite 146: Soviel steht fest, dass der Käufer berechtigt ist, Offenheit von dem Verkäufer zu erwarten, wenn es sich um Mängel des verkauften Gegenstandes handelt.

[5]) Sehr weitgehend Leonhard „Haftung des Verkäufers beim Vertragsschlusse“, der Haftung für omnis culpa fordert.

Digitized by Google

Entgegen den hier geäusserten Ansichten ist m. E. die Unterlassung einer Auskunft über vorhandene Fehler an sich nicht rechtswidrig. Daraus folgt, dass die Unterlassung auch dann, wenn sie in dem früher erklärten Sinne kausal ist, juristisch gleichgültig ist. Zur Begründung dieser Ansicht diene folgendes. Das Verhalten des Verkäufers ist nach „Treu und Glauben“ unter Berücksichtigung der „Verkehrssitte“ zu beurteilen. Verkehrssitte ist es nun nicht, dass der Verkäufer dem Käufer Mitteilung vom Vorhandensein von Fehlern bei der verkauften Sache macht. Bei dem Kaufgeschäft stehen sich die Parteien im Regelfall als Gleiche gegenüber. Auf diesen Gesichtspunkt weist namentlich Jhering in seiner vorher (S. 28 Anm. 1) genannten Schrift hin. Er macht auf den Unterschied aufmerksam, der bezüglich der Stellung der Parteien z. B. zwischen dem Mandat und dem Kauf besteht. An der vorcitierten Stelle sagt er geradezu, bei dem Kaufe „sei der eigennützigen Verfolgung des eigenen Interesses keine Grenze gesetzt“. (Abges. von der an der Stelle angeführten.)

Bei dem Kauf kann also kein Vertragschliessender erwarten, dass der Andere ihm genaue Aufklärungen bezüglich der Sacheigenschaften giebt.[1]) Es kommt dies daher, dass bei dem Kaufe regelmässig jeder Teil in der Lage ist, die Sache auf ihre Eigenschaften hin zu prüfen. § 460 Satz 2 B. G. B. spricht von

---

[1]) Beispiel eines Vertrages mit weitgehender Aufklärungspflicht ist der Versicherungsvertrag, vergl. neues H. G. B. § 806 ff (See-Versicherung).

Digitized by Google

grobfahrlässiger Unkenntnis des Käufers von den Fehlern der Sache und knüpft daran eine für den Käufer nachteilige Rechtsfolge. Eine solche grobfahrlässige Unkenntnis fasst das Gesetz also als „Verschulden gegen sich selbst auf". (Zitelmann B. G. B. I S. 166.)

Man kann demnach sogar in gewissem Sinne von einer Aufklärungspflicht des Käufers sprechen. Die Grundlage dieser Pflicht ist auch wieder „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte".

Das Fehlen einer Aufklärungspflicht auf Seiten des Verkäufers lässt sich durch arg. e. contr. aus § 444 B. G. B. schliessen.

Nach diesem Paragraphen ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nötige Auskunft zu erteilen. Diese Verpflichtung wird man auch bezüglich des zu verkaufenden Gegenstandes annehmen dürfen.[1]) Eine derartige Bestimmung nun fehlt in dem die Gewährleistung wegen Mängel d. h. physischer Eigenschaften der Sache betreffenden Abschnitt.

Hier gilt also das Gegenteil. Ratio dieser Verschiedenheit ist: Ueber das Vorhandensein eines Rechtsmangels kann sich der Käufer im allgemeinen keine Gewissheit verschaffen. Das Vorhandensein eines Sachmangels kann man durch eigene Untersuchung der Sache leicht selbst finden.

Die hier vertretene Ansicht, dass das Unterlassen einer Mitteilung allein zum Thatbestande des arglistigen

---

[1]) A. A. Planck Erl. 1 zu § 444 (S. 235).

Digitized by Google

Verschweigens nicht genügt, findet sich sehr bestimmt ausgesprochen bei Cosack.[1]) Wenn man diese Ansicht teilt, so kann man m. E. eine Verwirklichung des Thatbestandes des arglistigen Verschweigens auch dann nicht annehmen, wenn der Verkäufer durch seine Unterlassung den Käufer durch die Mängel der Sache „boshaft zu schädigen beabsichtigt". (Cosack a. a. O.) In einem solchen Falle, wo z. B., wie Cosack anführt, der Verkäufer dem Käufer absichtlich gesundheitsschädliche Nahrungsmittel, Getreidesäcke mit Löchern liefert, liegt daher m. E. nicht arglistiges Verschweigen vor, wie Cosack meint, sondern eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 B. G. B. Inwieweit ich von der Begriffsbestimmung, die Cosack a. a. O. giebt, in anderer Hinsicht abweiche, wird sich weiter unten ergeben.

Dem Regelfalle, dass Unterlassen zum Thatbestande des arglistigen Verschweigens nicht ausreicht, sind Ausnahmen gegenüberzustellen. Diese Gegenüberstellung von Regel und Ausnahme soll praktisch namentlich bedeuten, dass derjenige, welcher im Prozesse durch Unterlassen begangenes „arglistiges Verschweigen" geltend macht, stets besonders beweisen muss, dass ein Ausnahmefall vorliegt, der für den Verkäufer eine Aufklärungspflicht begründete.

Bindende und feste Umgrenzung für diese Ausnahmen aufzustellen, bietet, wie naturgemäss überall,

---

[1]) Cosack, a. a. O. § 127 I, 3 c: „Da der Verkäufer durchaus nicht verpflichtet ist, die ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen, kann ihm das Verschweigen solcher Mängel für sich allein noch nicht als Arglist vorgeworfen werden."


Digitized by Google

wo Bestimmungen auf Grund von Treu und Glauben zu geben sind, grosse Schwierigkeiten.[1])

Es ist aber vielleicht möglich, hier doch einige bestimmte Anhaltspunkte aufzustellen.

Zu diesem Zwecke geht man am besten nach Analogie des Satzes cessante ratione legis cessat lex ipsa vor. Der Rechtsgrund, aus dem bei dem Kauf bezüglich der Sacheigenschaften keine Aufklärungspflicht bestand, war der, dass der Käufer sich über diese Eigenschaften selbst unterrichten kann und soll.

Wenn nun die Sachlage eine solche ist, dass er aus eigener Erfahrung keine Anschauung über die Sacheigenschaften gewinnen kann oder zu gewinnen braucht, so tritt die Aufklärungspflicht des Verkäufers ein. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend wird man das Unterlassen einer Aufklärung seitens des Verkäufers dann als widerrechtlich ansehen, wenn sich die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses oder genauer zu der Zeit, wo der Käufer die Sache unter anderen Umständen geprüft hätte, sich an einem anderen Orte, als dem, wo der Vertrag geschlossen wurde, befand. Nicht gleichbedeutend hiermit wäre es, wenn man eine Aufklärungspflicht bei jedem Distanzkaufe[2]) annehmen wollte; denn auch bei Vorliegen eines solchen

---

[1]) Kuhlenbeck sagt in der Jur. Wochenschrift 1896 Nr. 15 bis 17 S. 125: „wie weit der Kontrahent — durch blosse Verschweigung dolos handeln kann, ist eine konkrete, nach den Umständen des Falles zu entscheidende Frage, für die schliesslich das juristische und sittliche Taktgefühl den Ausschlag geben muss."

[2]) Z. Ausdr. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. 1898 § 39, 9b, 6 S. 195: „wenn der Ort, von wo der Verkäufer die Ware

Digitized by Google

kann der Vertragsschluss an dem Orte geschehen sein, an dem sich die Sache befand, also eine Prüfung möglich gewesen sein. Das Eintreten einer Aufklärungspflicht des Verkäufers ist auch dann anzunehmen, wenn andere Gründe als die örtliche Beziehung eine Prüfung seitens des Käufers als nicht geboten erscheinen lassen. Als Beispiel diene folgender Fall: Ein Mieter, der in dem verkauften Hause wohnt, widersetzt sich einer Besichtigung des Hauses durch den Käufer. Man wird hier unbedenklich sagen können: der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Käufer eingehende Mitteilung darüber zu machen, welche Mängel sich in dem Hause befinden, namentlich also, ob es mit Schwamm behaftet ist.

Immerhin werden Fälle, in denen ein bedeutendes Objekt, also namentlich ein Haus, ohne Besichtigung verkauft wird, praktisch recht selten sein. Im Folgenden werden daher die Fälle näher betrachtet, in denen die Sache vom Käufer geprüft wird oder eine Prüfung leicht möglich ist. Zunächst seien Fälle erwähnt, in denen die Möglichkeit einer sachgemässen Prüfung auf Seiten des Käufers nicht die gleiche wie auf Seiten des Verkäufers ist, wo also die Lage der beiden vertragschliessenden Teile eine ungleiche ist; in solchen Fällen ist unter Umständen eine Aufklärungspflicht des Verkäufers vorhanden. [1])

---

abzusenden oder der Käufer sie abzuholen hat, von demjenigen Orte, an dem der Käufer die ordnungsmässige Untersuchung vorzunehmen hat — dem Abnahmeort — verschieden ist."

[1]) Ziegler (S. 4 in Betrug bei Vertragsschlusse, Gemeines Civilrecht, 1870) entscheidet: „Der Verkäufer darf in solchen Fällen nicht von seiner besseren Kenntnis der Sachlage Gebrauch machen."

Digitized by Google

Der Umstand allein aber, dass der Verkäufer im Besitz der Sache ist, dass er sie naturgemäss schon länger kennt, begründet noch keine Aufklärungspflicht. Der Käufer kann eben verlangen, dass ihm die Sache in die Hand gegeben wird, dass ihm längere Zeit hindurch gestattet wird, das Haus, welches er kaufen will, zu besichtigen.

Dagegen ist hier an solche Fälle zu denken, in denen der Verkäufer einer Sache als Fachmann, der Käufer als Nicht-Fachmann gegenüber steht. Wenn ein Fachmann eine komplizierte Maschine verkauft, wird man von vornherein eine Pflicht zur Aufklärung über Fehler an der Maschine gegenüber dem technisch nicht gebildeten Käufer annehmen müssen.

So ist auch der Fall, in dem ein Architekt ein Haus verkauft, das er erbaut hat, und obwohl er weiss, dass sich in demselben Anzeichen von Mauerschwamm zeigen, diesen Mangel verschweigt, unzweifelhaft strenger zu beurteilen, wie wenn jemand, der das Haus erworben hat und nicht bausachverständig ist, ebenso handelt. Zu weitgehend wäre es, wenn man unbedingt hier bei dem Architekten arglistiges Verschweigen, bei dem Nicht-Fachmann ein juristisch bedeutungsloses Unterlassen annehmen wollte. Zu beachten ist hierbei nämlich, dass es sich bei Hausschwamm um einen Fehler handelt, zu dessen Auffinden besondere Fachkenntnis nicht erforderlich ist, wenn er oft auch sehr schwer zu finden ist.

Er erschiene vielleicht nahe liegend, im Hinblick auf allgemein übliche Begriffe, die sich im Anschluss an das ädilizische Edikt und namentlich auch an das alte Handelsgesetzbuch gebildet haben, einen Unter-

Digitized by Google

schied bezüglich der Aufklärungspflicht zwischen „offenbaren“ und „heimlichen“ Mängeln zu machen. Dass aber eine derartige Unterscheidung nicht am Platze ist, ergiebt sich sofort, wenn man berücksichtigt, dass diese Begriffe sich auf bei einer ordnungsmässigen Untersuchung offenbar werdende oder verborgen bleibende Mängel bezieht. [1]) Von dieser Unterscheidung kann man schon deshalb nicht ausgehen, weil man vor dem Kaufabschluss eine genaue Untersuchung der Sache durch den Käufer nicht fordern kann. Der Käufer eines Hauses ist regelmässig nicht verpflichtet, dieses durch einen Sachverständigen auf das Vorhandensein von Schwamm untersuchen zu lassen. Man wird aber die Prüfungspflicht des Käufers überhaupt nicht darauf abstellen dürfen, ob die Mängel der Sache erkennbar oder nicht erkennbar sind, da es äusserst schwierig sein würde, eine genaue Unterscheidung zwischen Erkennbarkeit und Nichterkennbarkeit zu machen. In dieser Beziehung besagt eine Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. 5 No. 70 S. 323: „Der Grund des Appellationsrichters“, (aus dem er dolus verneint), „dass Arglist nicht anzunehmen sei, weil der

---

[1]) „Offenbar im Sinne des Handelsrechts sind nicht bloss diejenigen Mängel, die sofort bei der Ablieferung der Ware dem Käufer in die Augen springen müssen, wenn er sich die Ware überhaupt ansieht. Vielmehr setzt das Gesetz voraus, dass der Käufer die Ware gründlich, dass er sie ordnungsmässig prüft, und auch solche Mängel, die erst bei einer derartigen gründlichen Prüfung erkennbar werden, gelten als offenbar.“

„Heimlich sind alle Mängel, die auch bei ordnungsmässiger Untersuchung der Ware nicht erkennbar sind.“

Cosack, Handelsgesetzbuch S. 190, 191 § 39 1 a u. b.

Digitized by Google

Fehler auch für den Laien erkennbar sei“, unterliege den erheblichsten Bedenken.“

Die Untersuchung muss m. E. den Weg gehen, dass sie im einzelnen Falle fragt: War die Sachlage derartig, dass dem Käufer die Prüfung erschwert war? Am leichtesten wird sich dies da nachweisen lassen, wo der Verkäufer selbst die Prüfung erschwert hat. Es kommen hier namentlich die Fälle in Betracht, in denen man wie oben S. 15 erwähnt, unter Umständen Erklären durch subjektive Erklärungsmittel annehmen könnte;[1] Beispiele hierfür sind abgesehen von dem bereits erwähnten Falle (S. 15 Abs. 2 a. E.) namentlich dann gegeben, wenn durch Gesetze oder Polizei-Verordnungen für gewisse Waren eine besondere Kennzeichnung angeordnet oder eine irreführende Kennzeichnung verboten ist. Man denke in dieser Hinsicht z. B. an das „Magarine-Gesetz“ (Reichsgesetz vom 15. Juni 1897) oder das neue „Weingesetz“ (Reichsgesetz vom 24. Mai 1901). Wer z. B. Kunstwein unter der Bezeichnung „Wein“ verkauft, ist verpflichtet, dem Käufer über die Mängel seines Produktes Auskunft zu geben; denn dieser wird bei der Prüfung der ihm gelieferten Sache in Folge der irreführenden Bezeichnung seitens des Verkäufers von falschen Voraussetzungen ausgehen. Zu erwähnen sind hier ferner Fälle, in denen unter falscher Etiquette verkauft wird, in denen eine nur bei bestimmten Sachen übliche Verpackung angewandt wird,

[1]) Kohler a. a. O. S. 11: „wenn die Prägnanz der Verkehrserklärung eine derartige ist, dass aus dem nicht Vorgetragenen etwas Vorgetragenes entnommen wird, falls nicht eine Gegenbemerkung erfolgt.“

Digitized by Google

während der Inhalt nicht der ist, auf den die Verpacknng schliessen liess. Zusammenfassend kann man vielleicht mit den Worten des Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879 sagen: eine Aufklärungspflicht besteht da, wo der Verkäufer Sachen unter einer „zur Täuschung geeigneten Bezeichnung“ feilhält. Am klarsten liegen Fälle, in denen der Verkäufer vorhandene Fehler der Sache verdeckt (Cosack a. a. O. § 127 1 III c. Beispiel); so behandelt eine Entscheidung des Reichsgerichts (mitgeteilt bei Bolze 13 No. 288 S. 152) den Fall, dass der Beklagte wusste, dass das verkaufte Haus mit Schwamm behaftet war, und nun die Balken mit Oelfarbe überstreichen liess, um den Mangel zu verdecken. Während hier Fälle vorliegen, in denen eine Prüfung zwar stattfindet, aber zu einem falschen Ergebnisse führt, ist es auch denkbar, dass der Verkäufer Veranstaltungen trifft, durch welche die Aufmerksamkeit des Käufers von den Fehlern abgelenkt wird, z. B. der Verkäufer preist einen bestimmten Vorzug der verkauften Sache in so aufdringlicher Weise, dass der Käufer lediglich auf diesen Vorzug seine Aufmerksamkeit richtet.[1]) Es mag hier noch an das bekannte Beispiel Cicero's erinnert werden, in dem der Verkäufer eines Landguts dem Käufer den Fischreichtum der zugehörigen Wässer dadurch vortäuscht, dass er an dem zur Besichtigung bestimmten Tage eine Reihe von Fischern besonders an den Gewässern aufstellt. Der Verkäufer kann die Prüfung des Käufers auch dadurch erschweren, dass er auf ihn in anderer Weise

---

[1]) S. S. 14 Absatz 3.

Digitized by Google

seelisch einwirkt. Gemeint sind hier Fälle, in denen der Verkäufer im Käufer das Vertrauen auf seine Ehrlichkeit wachruft, z. B. in folgenden Fällen: Der Verkäufer eines Hauses führt den Käufer durch sämtliche Räume, macht ihn allenthalben auf kleine Fehler aufmerksam, verschweigt ihm aber den Hauptmangel, das Vorhandensein von Schwamm in verschiedenen Balkenlagen.

Häufiger noch wird das Vertrauen des Käufers durch Thatsachen herbeigeführt sein, die längere Zeit vor dem Abschlusse des Kaufes eingetreten sind. Der Verkäufer hat z. B. dem Käufer vorher mitgeteilt, dass er ihn aus irgend welchem Grunde besonders gut bedienen wolle. Man kann hier auch denken an Fälle, in denen zwischen Verkäufer und Käufer verwandtschaftliche Beziehungen herrschen. Es nähert sich hier die Haftung für arglistiges Verschweigen bereits der Haftung aus Verträgen, welche ein Vertrauensverhältnis in sich schliessen.

Wie das Letztgesagte ergiebt, gehe ich hierin weiter wie Cosack, der nach seinem Ausdruck abgesehen von dem oben (S. 31) erwähnten Falle eine Aufklärungspflicht des Verkäufers nur annimmt, wenn er durch eigenes Zuthun dem Käufer wider Treu und Glauben die Prüfung erschwert. M. A. besteht eine Aufklärungspflicht des Verkäufers auch dann, wenn die Prüfung dem Käufer durch Umstände erschwert ist, die ohne Zuthun des Verkäufers eingetreten sind. In solchen Fällen verlangt der Thatbestand des „arglistigen Verschweigens“, — es mag dies schon vorgreifend erwähnt werden —, dass

Digitized by Google

der Verkäufer Kenntnis von der Erschwerung der Prüfung für den Käufer hat. Dies lässt sich dann am leichtesten nachweisen, wenn ein zu dem späteren Verschweigen nicht in Beziehung stehendes Handeln des Verkäufers bei den die Prüfung erschwerenden Umständen mitgewirkt hat. Es ist m. E. nicht angängig, in solchen Fällen davon zu sprechen, dass das Wesentliche hier sei, dass der Verkäufer schliesslich doch durch sein Handeln die Prüfung erschwert habe; denn es fehlt ja hier die Beziehung zwischen dem Unterlassen und der Prüfungserschwerung. Es sei gestattet diese Frage an der Hand eines Urteils des Reichsgerichts in Strafsachen vom 28. November 1889 Bd. 20 Nr. 144 näher auszuführen. Die Entscheidung behandelt die Frage: „Macht sich der Verkäufer einer mit verborgenen für den Käufer unerkennbaren Fehlern behafteten Sache auch der betrügerischen Irrtumserzeugung durch Unterdrückung wahrer Thatsachen nicht schuldig, wenn er selbst vorher ohne bewusste Beziehung auf den späteren Verkauf die Unerkennbarkeit jener Fehler bewirkt hat und sodann beim Verkaufsabschlusse das Vorhandensein derselben dem Käufer nicht anzeigt?“

Das Reichsgericht entscheidet diese Frage dahin, dass man in einem solchen Falle betrügerische Irrtumserregung annehmen könne. Es stützt diese Entscheidung darauf, dass es genüge, wenn ein Handeln des Verkäufers vorliege — im vorliegenden Falle handelt es sich um Ueberstreichen von schwammbehafteten Balken mit Oelfarbe — und wenn der Käufer den Fehler aus diesem Grunde bei der Besichtigung nicht bemerken konnte. Der subjektive Thatbestand auf seiten des Ver-

Digitized by Google

käufers sei hier zunächst übergangen. Worin der Fehler der Konstruktion des Reichsgerichts liegt, sei gestattet mit den Worten Rommels, („Der Betrug, strafrechtliche Studie, 1894“ S. 40), zu erklären: „Wie aber eine Handlungsweise wie hier das Ueberschmieren von Schwamm ergriffener Gebäudeteile, welche leicht möglicherweise, ohne jegliche Bezugnahme auf einen späteren Verkauf und eine spätere beabsichtigte Täuschung vorgenommen war, von welchem sich wenigstens nicht nachweisen liess, dass sie in der Absicht irgend einen Käufer damit zu täuschen, bewerkstelligt wurde, direkt als Mittel der Irrtumserregung dienen kann, ist nicht erfindlich, da das Gesetz eine „Vorspiegelung in der Absicht“ verlangt und hierzu nicht eine täuschende Manupulation genügen kann, welche unabsichtlich vorgenommen wurde und erst durch späteres Verschweigen die Täuschung hervorrief.“ Rommel will nun an Stelle dieser Konstruktion eine andere setzen, welche eine moralische auf Treu und Glauben beruhende Aufklärungspflicht annimmt.[1]) Meine Stellung zu diesem Vorschlag ergiebt sich aus dem früher Gesagten. Man darf m. E. eine allgemeine Aufklärungspflicht des Verkäufers nicht annehmen, namentlich eine solche nicht auf den weiten Begriff „Moral“ stützen. Dagegen ist in dem behandelten Falle aus-

---

[1]) Rommel a. a. O. S. 40: „Weit einfacher würde doch die Konstruktion eines Betruges in diesem Falle dadurch sein, dass man mit den oben dargelegten Grundsätzen eine moralische, auf Treu und Glauben beruhende Verpflichtung des Verkäufers zur Klarstellung der ihm bekannten Mängel des Verkaufobjekts annimmt, welche hier deshalb in doppelten Masse vorhanden ist, weil die Fehler durch ein unabhängiges früheres Thun des Verkäufers unsichtbar gemacht waren.“

Digitized by Google

nahmsweise eine Aufklärungspflicht deshalb begründet,[1]) weil eine Erschwerung der Prüfung vorliegt. Aehnlich scheint übrigens auch der Standpunkt des Reichsgerichts in der angeführten Entscheidung („bei der Besichtigung nicht bemerken konnte") und Rommels („deshalb in doppeltem Masse vorhanden") zu sein.

Trotz vorhandener Prüfungserschwerung wird man eine Aufklärungspflicht des Verkäufers verneinen müssen, wenn dieser durch besondere Hinweise darauf aufmerksam macht, dass sich bei der Sache Fehler finden. Erinnert sei hier an Fälle, in denen der Verkäufer anzeigt: „Ausverkauf wegen Brandes", „Verkauf beschädigter Sachen" oder dergl. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend muss man eine Auskunftspflicht auch verneinen in den Fällen des B. G. B. § 461 und C. P. O. § 806 („Verkauf einer Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand" und „Veräusserung eines Gegenstandes auf Grund einer Pfändung").

II. Der Standpunkt des Reichsgerichts in der Frage der Widerrechtlichkeit.

Die aufgestellte Regel: im allgemeinen ist der Verkäufer nicht verpflichtet, über vorhandene Mängel der verkauften Sache Auskunft zu geben, widerspricht dem Standpunkt des Reichsgerichtes. So heisst es in einer Entscheidung **(Bolze 14 No. 285 S. 171)**: „Es kann

[1]) Wegen der hier vorliegenden Aufklärungspflicht würde ich hier auch strafrechtlichen Betrug bei Vorliegen der übrigen Erfordernisse für möglich halten.


Digitized by Google

Arglist des Verkäufers auch darin liegen, dass er zwar nicht den Glauben erweckt, das zu verkaufende Haus sei frei von Schwamm, wohl aber den vorhandenen Glauben des Käufers, es liege kein besonderer Verdacht des Schwammes vor, bestehen lässt oder benutzt. Eine Entscheidung für das Rheinische Civilrecht **(Bolze 15 No. 230 S. 146)** besagt: „Benutzung des Irrtums ist der Veranlassung des Irrtums gleich zu achten.“ Für das Allgemeine Pr. Landrecht sagt eine Entscheidung **(Bolze 16 No. 258 S. 156),** „dass der Verkäufer so gut wie durch absichtliche Hervorrufung eines den Abschluss des Geschäfts veranlassenden Irrtums beim Käufer auch durch absichtliche Benutzung eines derartigen beim Käufer bestehenden Irrtums einen den Vorschriften des § 84 ff. Teil I Tit. 4 des Allg. Landrecht unterliegenden Betrug begeht, kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen“. Am weitesten geht für das Gemeine Recht eine Entscheidung (in den **Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen 31 No. 31 S. 163)**: „Gemeinrechtlich ist der Verkäufer nach Treu und Glauben schlechthin verpflichtet, die ihm bekannten wesentlichen Mängel des Kaufgegenstandes vor dem Vertragsschlusse anzuzeigen und haftet im Falle der Unterlassung wegen Arglist dem letzteren für das Interesse und zwar auch trotz ausdrücklicher Ablehnung der Haftung.“

Wenn, wie aus diesen Entscheidungen hervorgeht, auch der Standpunkt des Reichsgerichts prinzipiell ein von dem meinen gänzlich verschiedener ist, so besteht doch für den konkreten Fall ein Endergebnis kein allzugrosser Unterschied. Eine Entscheidung, die bei **Bolze 16 No. 257 S. 156** angeführt ist, besagt:

Digitized by Google

„Für die Frage, ob Beklagter dolos handelte, ist wesentlich entscheidend, ob er bei dieser Sachlage davon ausgehen konnte, dass für den Kläger der Mangel ein offensichtiger war.“ Bei dem Standpunkt des Reichsgerichts lautet sonach die Frage im Einzelfalle: Konnte der Verkäufer annehmen, der Käufer werde die Mängel bemerken? während nach der hier aufgestellten Ansicht gefragt werden muss: War die Sachlage so, dass dem Käufer die Prüfung erschwert war? Der Standpunkt des Reichsgerichts ist also insofern ungünstiger für den Verkäufer, als das Reichsgericht arglistiges Verschweigen des Verkäufers selbst dann annimmt, wenn ein die Prüfung für den Käufer erschwerender Umstand nicht nachweisbar ist, aus anderen Thatsachen aber doch geschlossen werden kann, dass der Verkäufer wusste, dass der Käufer über die Sacheigenschaften im Irrtum war und trotzdem die Aufklärung unterliess. In den meisten Fällen wird aber ein Schluss auf eine derartige Kenntnis des Verkäufers gerade daraus gemacht werden, dass er eine Erschwerung der Prüfung für den Käufer kannte.

M. E. ist es berechtigt, eine Haftung des Verkäufers für arglistiges Verschweigen durch Forderung möglichst bestimmter Thatbestandsmerkmale zu beschränken, schon aus dem Grunde, dass für den regelmässigen Interessen-Ausgleich bei dem Kauf die Wandlungs- und Minderungsklage bestimmt sind und daher „arglistiges Verschweigen“ nur im Ausnahmefall vom Käufer zu Ungunsten des Verkäufers geltend gemacht werden soll.

Digitized by Google

III. Kurze Uebersicht über den entsprechenden dolus-Begriff im römisch-gemeinen Recht und den Betrugsbegriff des alten Handelsgesetzbuches.

Da bei der behandelnden Materie bisher geltende Rechtssätze und „bisher gebrauchte Begriffe ohne Erklärung aufgenommen sind,“[1]) und zwar des Pandektenrechts,[2]) so ist dieses heranzuziehen. Wie die Wandlungs- und Minderungsklage sich schon im Wortlaut als actio redhibitoria und actio quanti minoris äusserlich erkennen lassen, so weisen die zugesicherten Eigenschaften auf die dicta et promissa und das „arglistige Verschweigen“ auf den dolus hin.[3]) An dieser Stelle ist darum zu erwähnen, welches äussere Verhalten zum Begriff des dolus und zwar des die physischen Mängel der verkauften Sache betreffenden dolus gehört. Die Quellen deuten das

---

[1]) Zitelmann B.G.B. S. 5 unter 2, b.

[2]) Planck Erl. 1 Abs. 1, S. 2 zur Überschrift zu §§ 459 ff. a.a.O.S. 246, Cosack B.G.B. I, 2 § 126 namentlich 4, S. 418 ff.

[3]) Siehe Windscheid-Kipp I, § 101 Anm. 6. v. Pernice unterscheidet: a) dolus bei Vergehen = unsittliche Absicht des rechtswidrigen Erfolgs; b) dolus im Verkehrsrecht namentlich bei der a. doli als einer Ergänzung der dem Verkehr dienenden Klagen = hinterlistige Veranstaltung zum Nachteile eines anderen; s. h. auch Anhang über B.G.B. zu § 101, 1 S. 452 oben; ferner ibid. zum Ausdruck Arglist = dolus. „Was den deutschen Ausdruck „Arglist“ angeht, vergl. P.G.O. art. 107: mit Wissen fürsetzlich und arglistiglich: art. 146: Arglistig und mit Willen; art. 173: „arglistig.“ von Liszt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht z. Entw. § 5 S. 22 ff. Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entw.: § 103, 104 Ib, S. 42, 43. Mugdan I (Prot. S. 229) S. 722; vergl. auch Str.G.B. § 170. Über ähnliche Ausdrücke: Weyl, Verschulden (Archiv für Bürgerl. Recht XIV S. 160 B.).

Digitized by Google

äussere Verhalten bei dolus im allgemeinen durch machinatio — cum aliud simulatur, et aliud agitur; calliditas (im Text calliditatem), fallacia an. (l. 1 § 2 D de dolo malo IV, 3).

Bei dem Kauf äussert sich der dolus in einem celare (l. 35 § 8 D de contr. emt XVIII, 1) obscure loqui, insidiose, obscure dissimulare (l. 43 § 2 D h t.).

Aus diesen Stellen ergiebt sich, dass der dolus sich sowohl im Unterlassen einer Mitteilung wie in einer Falschmitteilung äussern kann.[1]

So auch eine Entscheidung in Seufferts Archiv XXIX No. 16: „Eine Arglist des Verkäufers ist — gleichviel, ob er bei den Verkaufsverhandlungen wissentlich einen Mangel des Kaufgegenstandes verschweigt oder wissentlich unwahre Angaben über Eigenschaften desselben macht — vorhanden."

Bei der Lehre von der Mängelhaftung wird nur immer die erstgenannte Form der Arglist in den Vordergrund gestellt, — so bei Windscheid II § 393 zu 2 (der Verkäufer haftet wegen Mängel), „wenn er sie gekannt und arglistiger Weise verschwiegen hat" —. Einmal hat dies wohl darin seinen Grund, dass der sich durch negatives Verhalten äussernde dolus immer juristisch grössere Schwierigkeiten macht, als der, welcher in positivem Handeln seinen Ausdruck findet. Dann war aber auch die actio emti wegen eines im positiven Verhalten liegenden dolus bereits durch die actio emti wegen dicta et promissa gedeckt: Unter den Anspruch wegen dicta et promissa fiel auch der Anspruch wegen dolos gemachter dicta et promissa.

---

[1]) S. auch **Hanausek** Hftg. des Verk. II, § 45 IIa.

Digitized by Google

Beide Klagen gingen auf das Erfüllungsinteresse, beide verjährten in 30 Jahren, sodass Windscheid (II § 393 Anm. 7) geradezu sagt „Arglist ist gleich Zusicherung". Im B. G. B. sind nun beide Klagen nicht mehr gleich behandelt. In §§ 463 und 480 II ist allerdings die Kongruenz der Ansprüche gewahrt, sodass hier „arglistige Zusicherung" unter die „Zusicherung" überhaupt fällt. Daher ist hier auch der Ausdruck „Verschweigen" bei Erwähnung der actio emti wegen dolus im Wortsinn zu fassen. Im § 477 aber weicht das B. G. B. darin vom römischen Recht ab, dass der Anspruch wegen dicta et promissa auch der kurzen Verjährung der ädilizischen Klagen unterliegt mit Ausnahme des Falles, wo der Verkäufer die dicta et promissa dolos gemacht hat. Nur im letzteren Falle ist der Anspruch wegen dicta et promissa dem Anspruch wegen „arglistigen Verschweigens" (hier im Wortsinn) gleich behandelt. Daher war hier eine Hervorhebung des Falles arglistiger dicta et promissa notwendig. Diese Hervorhebung ist nun geschehen unter Beibehaltung des Ausdrucks „arglistig verschweigen", der nach dem Gesagten dem Wortsinn nach durchaus nicht mehr passt. Die Form, in der sich der dolus gewöhnlich äussert, in der er vornehmlich von der Litteratur behandelt ist, wird zur Bezeichnung des dolus selbst verwandt.

Es mag hier auch darauf hingewiesen werden, dass § 476 B. G. B. den römischen Satz behandelt, dass ein p a c t u m d e n o n p r a e s t a n d o d o l o nichtig ist. Es wird das aus der Terminologie gefolgte Ergebnis, dass arglistiges Verschweigen auch das Fälsch-lich-Zusichern umfasse, hier praktisch wenig von Bedeutung sein.

Digitized by Google

Wenn man auch allgemein sagen kann: „Dem Arglistigen" — also gleichviel, wie sich seine Arglist äussert, — „hilft nicht einmal der Vertrag, dass er für die Fehlerhaftigkeit der Sache nicht solle einzustehen haben" (Windscheid II § 393 Anm. 3), so wird sich die Arglist doch regelmässig so äussern, wie in der von Windscheid für diesen Satz als Beleg angeführten Stelle l. 14 § 9 D de aedil. ed XXI, 1: Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est in eo, quod convenit, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit.

Doch kann man sich den Fall auch so vorstellen, dass der Verkäufer zwar vereinbart: „für Krankheiten der Tiere wird nicht gehaftet", dann aber ausdrücklich das Nichtvorhandensein von Krankheiten zusichert. Dieser Fall würde wohl auch das äussere Verhalten für arglistiges Verschweigen darstellen.

Dafür, dass die Theorie des gemeinen Rechtes für den dolus bei Eingehung von Verträgen Erregung oder Benutzung eines Irrtums und Einfluss dieses Irrtums auf den Vertragschluss verlangte, seien angeführt: Jhering, Verm. Schriften V (Lucca-Pistoja) § 15 a. A. „es gesellt sich zu der nachgewiesenen Voraussetzung, damit daraus dem Kläger ein Anspruch erwachse, in seiner Person die Voraussetzung der Täuschung und eines dadurch erlittenen vermögensrechtlichen Schadens hinzu;" Ziegler (Betrug bei Vertragschluss: § 1 S. 2). „Betrug kann man definieren als die Verleitung eines Anderen zu einer ihm nachteiligen Willenserklärung durch wissentliche Erregung oder Benützung eines Irrtums." [1])

[1]) S. auch **Mommsen** Anh. 1, § 1 S. 149 Abs. IV u. **Hanausek** II, § 45 II C. u. c. S. 189, 190.

Digitized by Google

Bezüglich der Terminologie zeigen sich bei dem dolus im römischen Recht ähnliche Erscheinungen wie im B.G.B. In l. 13 pr. D. de act. e. et v. XIX 1. wird der dolus ausgedrückt durch „qui sciens reticuit et decepit"; hier ist also das äussere Verhalten und der Erfolg bezeichnet. Eine andere Stelle erwähnt nur den Erfolg: l. 11 § 5 D. XIX. 1.: et errare eum passus. Die auch bereits (S. 47) erwähnte l. 14 § 9 D. XXI spricht nur von reticere, also wie das B. G. B. nur von dem äusseren Verhalten. In allen erwähnten Fällen wird gleichmässig das Vorhandensein von dolus bezüglich der Sacheigenschaften angenommen; also ist auch überall der gleiche objektive Thatbestand anzunehmen. Bei dem reticere ist also ein „et decipere" hinzuzudenken. Wenn im Corpus juris diese Erscheinung aus dem Charakter einer Sammlung von praktischen Fällen erklärlich ist, so wirkt sie in dem abstrakt gehaltenen B. G. B. immerhin auffällig.

Bezüglich der Frage der Rechtswidrigkeit ist für das römische Recht hervorzuheben, dass im ädilizischen Edikt (l. 1 § 1 D. XXI, 1) der Gedanke einer Aufklärungspflicht klar ausgesprochen ist: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto, woran dann später angeknüpft wird: Hoc amplius, si quis adversus ea dolo malo vendidisse dicetur, judicium dabimus. [1])

---

[1]) Bemerkenswert in dieser Hinsicht auch die bei Hanausek Haftung des Verkäufers I, II § 6 S. 41 angeführte Stelle aus Cicero de offic. III. 16. § 15: ut in iis (praediis) vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata — a juris consultis etiam reticentiae poena est constituta.

Digitized by Google

Gerade auf diese Stelle stützt das Reichsgericht in dem oben bereits angeführten Urteil (S. 42 Abs. 1 a. E.) seine Ansicht, dass der Verkäufer gemeinrechtlich schlechthin zur Aufklärung über die Mängel verpflichtet sei.

M. E. ist eine derartige Ausdehnung einer in der angeführten Quellenstelle zunächst nur für mancipia aufgestellten Haftung schon zu weitgehend für das Gemeine Recht. Aber selbst, wenn man den Standpunkt des Reichsgerichts teilt, so muss man beachten, dass im B. G. B. eine derartige Aufklärungspflicht nirgendwo ausgesprochen ist. „Aus der Haftbarkeit für gewisse Thatsachen kann nicht die Verpflichtung ihrer Mitteilung gefolgert werden.“ (Frank, das Str. G. B. f. d. D. R. 1897, Anm. III 3a zu § 263 und siehe das Urteil des Reichsgerichts unten S. 54 a. E.)

Bei der Untersuchung darüber, ob das Verhalten des Verkäufers, mag es nun in einem Thun oder Unterlassen bestehen, rechtswidrig ist, ist für das römische Recht namentlich ein Wort des Pomponius zu beachten: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire (l. 16 § 4 D. IV, 4). Mittel dieses circumvenire bei der Preisbestimmung wird häufig ein circumvenire bezüglich der Eigenschaften der Sache sein, und so wird auch die Tendenz des Satzes, den Pomponius ausgesprochen hat, die sein, dass man dolus nur dann annehmen dürfe, wenn die sämtlichen Thatbestandsmerkmale klar erwiesen sind und nicht schon dann, wenn der Verkäufer nach moralischem Empfinden schlecht gehandelt hat. Es wird nun vielfach gerade diese Stelle des Pomponius in Gegensatz gebracht zum heutigen Rechtsempfinden. M. E. ist die Stelle aber lediglich Beweis für den her-

Digitized by Google

vorragend praktischen Blick des römischen Juristen und heute noch ebenso richtig wie zu seiner Zeit. Namentlich wird der Satz heute dann noch seine Berechtigung haben, wenn das arglistige Verschweigen als äusseres Verhalten ein Unterlassen zum Thatbestandsmerkmal hat.

Im neueren Recht ist für die Bedeutung des dolus beim Kauf in der hier behandelten Richtung das alte Handelsgesetzbuch von Bedeutung gewesen. Nach Art. 350 des alten H. G. B. können die Bestimmungen der Art. 347 und 349 (die Pflicht der Mängelrüge) von dem Verkäufer im Falle eines „Betruges“ nicht geltend gemacht werden. Bemerkenswert ist, dass das alte Handelsgesetzbuch den dolus-Begriff mit „Betrug“ bezeichnet. Wie die Protokolle (S. 249 Mugdan I. S. 722) angeben, hat man im jetzigen § 123 B. G. B. den dort auch zunächst angewandten Ausdruck „Betrug“ (Siehe hierzu Mugdan I. S. LXXXIV) durch den Ausdruck „arglistige Täuschung“ ersetzt, um die Verwechselung mit dem Betrugsbegriff des Str. G. B. § 263 zu vermeiden. In gleicher Weise hat man auch im § 377 Abs. 5 des neuen H. G. B. bei einer dem Art. 350 des alten H. G. B. entsprechenden Vorschrift den Ausdruck „arglistig verschweigen“ eingeführt.[1] Da es sich somit bei diesem „Betrug“ um einen dem arglistigen Verschweigen des B. G. B. im ganzen gleichbedeutenden Begriff handelt, seien auch bezüglich dieses Begriffes einige Punkte hier erörtert.

---

[1]) **Cosack** (H. G. B. § 39, II 1 f.): „Bloss redaktionelle Bedeutung hat die Bestimmung, dass die Rügefrist nicht bei einem vom Verkäufer verübten „Betruge“, sondern bei „arglistiger Verschweigung“ der Mängel seitens des Verkäufers in Fortfall kommen soll.“

Digitized by Google

Ueber den objektiven Thatbestand des Betruges im alten H. G. B. sagt Hanausek a. a. O. II, 2 § 53, 2 S. 362, dass „ausdrückliche Versicherung", dann auch die Art der Verpackung oder evtl. auch die blosse Zusendung der Ware ohne Mitteilung genüge". Wenn man dieses „eventuell" näher dahin erklärt: „dann, wenn die Prüfung erschwert ist" haben wir hier den von mir eingenommenen Standpunkt. Staub (Kommentar zum alten Handelsgesetzbuch: Anm. § 1 Abs. 2 zu Art. 350, jetzt sachlich unverändert Kommentar zum neuen Handelsgesetzbuch 1900: Anm. 124 und 125 zu § 377) behandelt die äussere Erscheinungsform bei arglistigem Verschweigen hauptsächlich von dem Gesichtspunkte eines Beweismittels für die unredliche Absicht des Verkäufers.[1]) Genaue Feststellung der äusseren Thatbestandsmomente ist also auch nach Staubs Ansicht praktisch die Hauptsache; auch insofern erscheint es also erstrebenswert, wenn die Theorie ein grösseres Gewicht wie bisher auf die äussere Erscheinungsform des dolus legt.

Es mag an dieser Stelle auch erwähnt werden, dass für den Betrug des alten H. G. B. wie auch für das arglistige Verschweigen des neuen H. G. B. ein be-

---

[1]) Staub a. a. O. hebt hervor „Veranstaltungen des Verkäufers, um in dem Käufer die Unkenntnis der Mängel zu erzeugen"; bezüglich des Schweigens führt er aus: „Wo es sich um augenfällige Fehler handelt, wird man bei blossem Schweigen eine Betrugsabsicht nicht leicht annehmen können, schweigt aber der Verkäufer dort, wo er redlicher Weise hätte reden müssen, so muss er sich gefallen lassen, wenn man gegen ihn die Absicht feststellt, er sei von der Absicht ausgegangen, den Käufer zu täuschen."

Digitized by Google

stimmter Erfolg verlangt wird, und zwar ist der letzte Erfolg hier Unterlassen der Mängelrüge seitens des Käufers. [1])

IV. Kurze Gegenüberstellung mit dem strafrechtlichen Betrug. (§ 263 des Strafgesetzbuches.)

Da das arglistige Verschweigen ein dem Strafrecht nahestehender Begriff ist, soll der strafrechtliche Betrug des § 263 Str. G. B. vergleichshalber kurz herangezogen werden. Förderlich ist dies auch deshalb, weil schon in der Legaldefinition des § 263 die einzelnen Thatbestandsmerkmale an sich hervortreten und die strafrechtliche Litteratur überhaupt auf die Zergliederung des Begriffes ein grösseres Gewicht legt als das Civilrecht.

§ 263 des Str. G. B. verlangt als äusseren Thatbestand abgesehen vom Erfolg bei dem Betruge „Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen". Die Thatsache, welche bei einem Betruge bezüglich der Sacheigenschaften in Betracht kommen kann, kann z. B. die Durchsetzung des Hauses mit Schwamm sein. Ein „Vorspiegeln" ist nun mehr als ein blosses Erklären. Kohler („Treu und Glauben" a. a. O. S. 21) sagt: „Vorspiegeln setzt zwar keine besonderen Kunst-

---

[1]) Staub drückt dies a. a. O. so aus: „Es muss also der Käufer wirklich in den Glauben versetzt worden sein, der Verkäufer habe vertragsmässig geliefert, und er muss deshalb die rechtzeitige Prüfung oder die Rüge unterlassen haben." (Comm. z. a. H. G. B. § 1 Abs. 3 zu Art. 350; z. n. H. G. B. Anm. 131 zu § 377.)

Digitized by Google

griffe voraus, aber es wird vorausgesetzt, dass der Thäter etwas gethan habe, um seine Behauptung dem Getäuschten zu insinuieren, sei es durch Vorschützen falscher Beweise, sei es auch durch Hartnäckigkeit und Sicherheit des Vorbringens". Hiermit stimmt überein, dass für das B. G. B. bei arglistigem Verschweigen durch positive Erklärung ein Zusichern verlangt wurde, also auch ein sicheres Vorbringen. Es besteht in dieser Beziehung also kein wesentlicher Unterschied zwischen Betrug und arglistigem Verschweigen. Kohler deutet einen solchen Unterschied an, indem er sagt: „der strafrechtliche Betrug verlange eine „wirkliche Falschheit";[1]) dagegen könne das Civilrecht auch die blosse „Zweideutigkeit" berücksichtigen". Hierin geht er m. E. zu weit, denn ohne „scharf umrissene Thatbestände" kann auch das Civilrecht nicht auskommen. Es wurde festgestellt, dass nach strenger Wortinterpretation nur ein „fälschliches Zusichern" rechtlich bedeutsam ist. Wenn auch der Begriff der Zusicherung bei dem dolus nicht so eng gefasst werden darf, wie es vielleicht bei der bona fide gemachten Zusicherung am Platze ist, dürfte das „schillernde Gebiet der Anpreisungen"[2]) auch im Civilrecht für das behandelte „arglistige Verschweigen" nicht bedeutsam sein, selbst wenn die Anpreisungen zu einer Täuschung führen sollten. Denn gerade auf dem Gebiete des dolus dürften „sichere und klare Konturen"[2]) auch im Civilrecht unentbehrlich sein, soweit solche überhaupt möglich sind, da sonst zu leicht die Beurteilung der Gesinnung allein massgebend

---

[1]) Kohler ebendort.

[2]) Kohler ebendort.

Digitized by Google

wird. Es ist dies namentlich auch im B. G. B. festzuhalten, da hier der Begriff „Treu und Glauben“ das Heilmittel gegen alle möglichen Ungerechtigkeiten des Verkehrs, die moralisch recht schlecht, aber juristisch nicht bedeutsam sind, sein soll.

Der Ausdruck „Entstellung wahrer Thatsachen“ enthält für meine Aufgabe nichts wesentlich anderes wie die Vorspiegelung. Näher zu betrachten ist noch der Ausdruck „Unterdrückung wahrer Thatsachen“. Nach dem Wortsinne ist hier ein positives Handeln erforderlich, allein, wie Franck a. a. O. (Anm. III 3 zu § 263) sagt: kann „das Unterdrücken auch durch Unterlassung, also Verschweigen begangen werden, nämlich dann, wenn eine Verpflichtung zur Mitteilung vorliegt.“

Auf die Rechtswidrigkeit der Unterlassung kommt es also an, es mag diese Frage daher auch hier erörtert werden. Die Mitteilungspflicht kann nach der herrschenden Meinung begründet sein durch das Gesetz oder durch vorhergegangenes Verhalten. Treffend führt v. Liszt an der bereits citierten Stelle aus, „dass Erregung und Erhaltung eines Irrtums dann durch Verschweigen begangen werden kann, wenn die Rechtspflicht zum Reden bestand, die aber auch durch „Treu und Glauben“ im geschäftlichen Verkehr gefordert sein oder aus dem vorhergegangenen Verhalten folgen kann“. Die Auskunftspflicht bezüglich der Sacheigenschaften behandelt eine Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen (II S. 430 Nr. 178), in welcher die Frage: „Stellt das vorsätzliche Verschweigen von Fehlern der verkauften Sache seitens des Verkäufers

Digitized by Google

unter allen Umständen ein Unterdrücken einer wahren Thatsache im Sinne des § 263 Str. G. B. dar?" verneint wird. Die Entscheidung prüft, ob im Allgem. Preuss. Landr. für den Verkäufer eine solche Rechtspflicht besteht. Sie findet im Allgem. Preuss. Landr. keine positive Vorschrift die Fehler aufzudecken, schliesst vielmehr durch arg. e contr. aus Allgem. Preuss. Landr. I, II § 539 (der für „gewagte" Geschäfte eine Aufklärungspflicht aufstellt), dass bezüglich der Sacheigenschaften eine solche nicht besteht (S. o. S. 30). Die entscheidende Wendung lautet: „das Bestehen einer Rechtspflicht des Verkäufers, alle Fehler aufzudecken, selbst ohne Rücksicht darauf, ob er davon überzeugt ist, dass sie Einfluss auf die Entscheidung des Käufers haben können, ist nicht anzuerkennen". Fraglich erscheint nun, ob hiermit gesagt werden soll: es liegt deshalb kein strafrechtlicher Betrug vor, weil keine gesetzliche Redepflicht besteht, während „Treu und Glauben" wohl ein Reden erfordern, civilrechtlicher Betrug also wohl vorliegen kann? v. Liszt ist, wie sich aus der oben erwähnten Stelle ergiebt, anderer Ansicht. Auch Landsberg in seinem bereits erwähnten Werke glaubt, strafbarer Betrug durch Unterlassung könne dann angenommen werden, wenn gegen die Pflicht zur Redlichkeit im Verkehr gehandelt wird. [1])

---

[1]) Landsberg a. a. O. S. 272: „Arglistiges Verschweigen wird auf diese Weise gerade da civilistisch widerrechtlich, wo wir mit Fug es als Mittel strafbaren Betruges glauben ansehen zu müssen, nämlich da, wo der andere Teil sich meint darauf verlassen zu können, dass man ihm so entgegenkommen werde, ut inter bonos bene agier oportet."

Digitized by Google

Nur dann aber kann man den privatrechtlichen dolus als „Grundlage zur kriminellen Verfolgung"[1]) nehmen, wenn man ihn in einschränkender Weise umgrenzt. In dieser Beziehung muss man sich m. E. gegen Rommel in seinem angeführten Werke wenden, der eine Aufklärungspflicht in zu weitem Masse annimmt. Da eine Gefahr derartiger Auffassung im Civilrecht noch näher liegt, als im Strafrecht, sei darauf näher eingegangen. Rommel sagt in der erwähnten Studie (S. 43), man müsse im Verschweigen Unterdrücken wahrer Thatsachen erblicken, „wenn damit die Verletzung einer ganz allgemein aufzufassenden Pflicht verknüpft sei". Wohin diese Ausdehnung der Redepflicht führen würde, deutet Rommel a. a. O. S. 43 an: „Ob hiernach überhaupt noch Fälle der blossen dolosen Benutzung fremden, nicht besonders hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums, zu dessen Beseitigung man nicht durch irgend eine Pflicht obengedachter Art verbunden ist, denkbar sind, mag dahingestellt bleiben, da sich wohl in den meisten Fällen der dolosen Benutzung fremden Irrtums mindestens eine Verpflichtung zur Aufklärung finden lässt".

Die einzige Abschwächung, die Rommel giebt, ist die, „dass kein allgemeines Recht auf Wahrheit behauptet werden soll". Eigentlich geschieht dies aber durch diese Auffassung im weitesten Masse.

Dass diese Ansicht de lege ferenda unbedingt empfehlenswert[2]) wäre, ist abzuweisen.

---

[1]) Landsberg a. a. O.
[2]) Rommel a. a. O.

Digitized by Google

Rommel meint selbst, dass durch eine solche Auffassung „eine völlige Umwälzung auf dem Gebiete des wirtschaftlichen und Verkehrslebens verursacht würde“. Dass eine derartige Folge des Gesetzes segensreich wäre, kann man nicht behaupten. Weshalb eine solche Ueberspannung des Betrugsbegriffes vom Uebel ist, sagt Kohler a. a. O. S. 55: „eine Uebertreibung in der kriminalistischen Behandlung hat den grossen Nachteil, die Schärfe des Strafrechts abzustumpfen, das Volksgefühl zu verletzen und eine Menge von Dingen schwerer zu treffen, als es unseren Vorstellungen von That und Sühne gemäss ist“. Man kann dies auch auf den Begriff des arglistigen Verschweigens im Civilrecht anwenden. Wenn es auch keine infamierende actio doli mehr gibt, so soll doch gerade durch den Ausdruck „arglistiges“ (nicht vorsätzliches oder schuldhaftes) Verschweigen das Verhalten des Verkäufers in einem derartigen Falle als besonders verwerflich gekennzeichnet werden. Für den Interessenausgleich bei dem Kaufe ist ja ohnehin durch Wandlungs- und Minderungs-Klage in weitestem Masse gesorgt. Und insofern weist das Gesetz selbst darauf hin, den weitergehenden Anspruch als Ausnahme zu betrachten, seine Voraussetzungen demgemäss in jedem Einzelfall mit äusserster Vorsicht zu prüfen. Dass im Interesse der Gerechtigkeit eine Einschränkung des dolus-Begriffes angebracht ist, mag auch vielleicht daraus hervorgehen, dass der Einwand des dolus häufig faulen Schuldnern als letztes Kampfmittel dient. Und so beruht es m. E. auf völliger Verkennung der Verhältnisse, wenn man von einer Verschärfung der Verpflichtungen des Verkäufers, von

Digitized by Google

dem vielerwähnten Begriff Treu und Glauben eine Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse erhofft.[1])

Wenn man sagt: die Aufklärungspflicht des Verkäufers ist nach Treu und Glauben zu bemessen, so wird hiermit nicht eine allgemeine Pflicht zur Redlichkeit aufgestellt, sondern nur darauf hingewiesen, dass nach den im Einzelfall vorliegenden Thatsachen zu prüfen ist, ob hier eine Aufklärungspflicht besteht.

Der Richter, welcher von einer auf Treu und Glauben beruhenden Verpflichtung spräche, ohne sich ganz genau darüber klar zu werden, weshalb Treu und Glauben im bestimmten Einzelfall eine Verpflichtung aufstellt, würde statt eines Rechtsgrundsatzes ein Schlagwort anwenden.

Als Erfolg des äusseren Verhaltens verlangt § 263 Str. G. B. Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums; wie die Unterhaltung aufgefasst werden muss, deutet Kohler a. a. O. S. 25 an: „es genügt nicht eine an den Irrtum sich anschliessende einfache Verkehrsthätigkeit, sondern es müssen Veranstaltungen getroffen sein, um die Enttäuschung zu verhindern“.

Hier wird man für das „arglistig verschweigen“ dasselbe verlangen müssen. Wenn Kohler S. 25 sagt: „civilistischer Betrug kann schon in der blossen Benutzung fremden Irrtums liegen“, so darf das auf den in den §§ 459 ff. B. G. B. in Betracht kommenden Betrug nicht angewandt werden. Hier kann unter

---

[1]) Z. B. Rommel a. a. O. meint, „namentlich der Viehhandel werde in gesundere Bahnen gelenkt, wenn man ganz allgemein eine rechtliche Verpflichtung zur Fehleranzeige anstatt der nicht vorhandenen gesetzlichen Verpflichtung statuieren wollte, sobald die Moral oder Treue und Glauben im Verkehr dies erheischt“.

Digitized by Google

Umständen der § 826 B. G. B. die notwendige Remedur schaffen. Die Benutzung des Irrtums ist allerdings in einem Falle genügend, aber dann sowohl für den Thatbestand des § 263 Str. G. B. wie für „arglistiges Verschweigen", wenn nämlich eine Rechtspflicht zum Reden besteht, das Unterlassen also zum Thatbestande genügt.

Die Schadensfolge, welche der § 263 Str. G. B. verlangt, muss, wie oben (S. 18 a. E. u. S. 21 a. E.) bemerkt, auch bei arglistigem Verschweigen gefordert werden; allerdings nicht wie in § 263 Str. G. B. als Thatbestandsmerkmal, sondern als Voraussetzung dafür, dass für den Käufer ein Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer entsteht. Mit dieser Verschiedenheit sind daher die Voraussetzungen beider Paragraphen nach der objectiven Seite die gleichen. Somit ist das Ergebnis hier ein ähnliches wie das, welches Ziegler a. a. O. S. 20 damit andeutet, dass er hervorhebt, es bestehe zwischen strafrechtlichem und civilrechtlichem Betrug aprioristisch kein Unterschied.

Bemerkt werden mag indessen hier schon, dass sich dies nicht auf § 123 B. G. B. (Arglistige Täuschung) bezieht; der nach diesem Paragraphen vorausgesetzte Thatbestand verlangt keine Schadensfolge — auch nicht als Vorbedingung des Entstehens eines Anspruchs (s. hierüber unten S. 83).

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Der subjektive Thatbestand.

I. Arglistiges Verschweigen ist vorsätzliches Verschulden; lata culpa hier nicht gleich dolus.

Bei der Erörterung des subjektiven Thatbestandes darf als feststehend angenommen werden, dass das seelische Verhalten [1]) bei arglistigem Verschweigen Vorsatz ist.

Im Pandektenrecht besteht nun eine Kontroverse darüber, ob die culpa lata dem dolus gleichsteht; und so wirft sich auch für das „arglistige Verschweigen" die Frage auf, ob nicht nach dieser Richtung im B. G. B. Anlass zu einer ähnlichen Streitfrage gegeben ist. Diese Frage ist zu verneinen nach dem Wortlaut wie nach dem Sinn unseres Rechts. Arglistig etwas thun oder unterlassen heisst unter Anwendung „der Kunst zum Bösen", mit „Anwendung von Schlauheit" handeln oder nicht handeln. [2])

Wenn man den Ausdruck „arglistig verschweigen" mit dem ausführlicheren „mit Anwendung von Schlauheit in Schweigen verbergen" umschreibt, so erhellt, dass zwischen der Schlauheit und dem Verbergen ein Zusammenhang bestehen muss. Das „arglistig" allein

---

[1]) Zum Ausdr. Zitelmann a. a. O. S. 156 u. b.

[2]) Heyne, Deutsch. Wörterbuch verb. „Arglist" und „List".

Digitized by Google

weist darauf hin, dass der Verkäufer sich auch bewusst sein muss, dass er widerrechtlich handelt.

Ebenso weist der Zusammenhang der betreffenden Gesetzesstellen die Auffassung, dass lata culpa gleich dolus sei, ab.

In § 460 ist die Verschuldungsart „grobe Fahrlässigkeit" in demselben Satze mit „arglistigem Verschweigen" ausdrücklich aufgeführt; eine begriffliche Gleichstellung ist daher für das B.G.B. nicht anzunehmen.[1][2][3] Es fragt sich allerdings noch, ob eine Gleichstellung, „quo ad effectum juris"[4] anzunehmen ist.

Für das Gemeine Recht sei hier auf den Aufsatz Kuhlenbecks in der Jur. Wochenschrift 1896 Nr. 20/21 verwiesen, der sich für die Annahme, dass culpa lata dem dolus auch in werdenden Kontraktsverhältnissen gleichgestellt werde, ausspricht.

Auf entgegengesetztem Standpunkt steht das Reichsgericht in dem im genannten Aufsatz angeführten Urteil. (Entscheid. XXI Nr. 27.)

Gegner der Gleichstellung ist auch Burckhardt (Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata im Röm. Recht. § 11 S. 101. γ s. speciell

---

[1]) Noch klarer trittt dies vielleicht in § 524 II hervor, in dem erst von „Unkenntnis infolge grober Fahrlässigkeit", dann von „Arglist des Schenkers" gesprochen wird.

[2]) Siehe auch Matthiass B.G.B. I § 62 III S. 251 o.

[3]) Vergl. auch die Fassung des Gesetzes „arglistig verschweigen" mit der von Crome, Arch. für civilistische Praxis, Bd. 78 S. 144 o. vorgeschlagenen: „schuldhafter Weise verschweigen" und der des I. Entwurfs „gekannt und verschwiegen hat".

[4]) Vergl. Kuhlenbeck Aufs. XXI Jur. Woch. 1896, 20—21 S. 166.

Digitized by Google

S. 103 Abs. II a. A.): „Ueber das Wissen darf nicht in das Gebiet des Nichtwissens hinausgegangen werden". [1])

Im B. G. B. ist für eine Kontroverse dieser Art nicht Raum, da sich hier nirgendwo ein Satz findet, der auf eine derartige Gleichstellung hinwiese. [2]) [3])

Im Gegenteil ist hier stets das fahrlässige Verschulden, wo es relevant sein soll, besonders genannt. Fälle, wo dies von der culpa in contrahendo gilt, sind z. B. §§ 122 II, 179 III 1, 307 I 1 und 2 [4]) und 694.

II. Seelisches Verhalten zum äusseren Verhalten.

Der Vorsatz stellt sich hinsichtlich des äusseren Verhaltens als bewusstes Wollen dar. Windscheid hebt das bewusste Wollen des äusseren Verhaltens wohl, weil es sich aus den übrigen Erfordernissen des dolus ergiebt, nicht einmal besonders hervor. [5])

Erfordernis des Thatbestandes des arglistigen Verschweigens ist also, dass der Verkäufer bewusst und willentlich die Mitteilung vom Vorhandensein wertmindernder Eigenschaften unterlässt [6]) oder eine falsche Mitteilung über die Eigenschaften macht.

---

[1]) S. auch Hesse a. a. O. S. 228 § 8 d.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Gesetzb. II § 63, III, 2 S. 137.

[3]) Siehe dagegen Allgem. Preuss. Landr., z. B. I. T. 6. Tit. §§ 10, 11, 18: „Vorsatz oder grobes Verschulden."

[4]) „Verschulden gegen sich selbst" Zitelmann B. G. B, I S. 169.

[5]) Windscheid, Pand. I § 101 bei Anm. 6 u. 7. Binding definiert dolus als „das Wollen auf dem Gebiete des Unrechts" schlechthin (Binding, Normen II § 51 S. 283, Abs. 2 u. 3).

[6]) „Bezüglich des unmittelbaren Willens bei Unterlassungen sei hier nur darauf hingewiesen, dass meist das was Wille zu

Digitized by Google

Nicht umfasst der Begriff solche Fälle, in welche der bewusste Wille fehlt. Kein arglistiges Verschweigen liegt also vor, wenn das äussere Verhalten durch vis absoluta herbeigeführt ist (s. z. folg. Zitelmann B.G.B. S. 111), z. B. der Verkäufer wird gewaltsam an der Mitteilung gehindert. Fernerhin gehört hierhin eine wegen „Bewusstlosigkeit" falsche Mitteilung. Auch der Fall der „Irrung" ist denkbar; der Verkäufer will das Vorhandensein einer wertmindernden Eigenschaft angeben und giebt das Gegenteil an.

III. Seelisches Verhalten zum Erfolg.

Ueber das seelische Verhalten zum Erfolge (die Beziehung zwischen Vorsatz und Erfolg) bestehen sowohl in der Strafrechts- wie in der Civilrechtslitteratur zwei Theorien: Willens- und Vorstellungstheorie,[1]) von denen die eine das Vorherwollen, die andere das Vorherwissen des Erfolges verlangt.

---

unterlassen genannt wird, lediglich Negation des Willens zu handeln ist" und dass juristisch diese Negation genügt, ja es sogar gleichgültig ist, ob der Unterlassende erst ein zum Handeln treibendes Motiv in sich hat zum Schweigen bringen müssen, oder ob er sich gar nicht versucht gefühlt hat, doch zu handeln." (Zitelmann a. a. O. S. 163, 164 o.)

[1]) Für Willenstheorie: Windscheid-Kipp, Pand. I § 101 bei Anm. 6 u. 7: „Wollen des eingetretenen Erfolges"; dagegen derselbe in dem das B.G.B. behandelnden Anhang zu § 101, 1—4: „es genügt das Bewusstsein des Handelnden dass die Handlung voraussichtlich diesen Erfolg herbeiführen werde." Kuhlenbeck Von den Pandekten zum B.G.B. II, § 8 S. 43; „Willentliche Rechtsverletzung" Binding, Normen II, § 51 S. 299 Abs. II: „Eine Widerrechtlichkeit ist stets der Gegenstand, auf den sich der dolus malus als Wille richtet." Neuerdings sehr entschieden für die Willenstheorie v. Hippel:

Digitized by Google

Ich werde auf diese Theorien hier nicht näher eingehen; im folgenden schliesse ich mich der Vorstellungstheorie an. Erwähnt sei hier für letztere: Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 146 ff., wo namentlich der Unterschied des seelischen Verhaltens zu dem äusseren Verhalten und zu dem Erfolg desselben hervorgehoben wird, (S. 151): „Es ergiebt sich das Resultat, dass es bezüglich des Erfolges einer Handlung auf den Willen gar nicht ankommt; nach ihm braucht überhaupt nicht gefragt zu werden, sondern nur nach dem Bewusstsein über den Erfolg, wohingegen für die Beurteilung der Handlung selbst sowohl die Eigenschaft der Bewusstheit als auch die der Gewolltheit von Wichtigkeit ist." Das Bewusstsein kann nun ein sicheres sein oder ein unsicheres.[1]) „Die Theorie hat den Grad der Sicherheit zu erörtern,

---

Die Vorstellungstheorie. Ein kritischer Beitrag zur Vorsatzlehre in der Festgabe der Göttinger Juristenfakultät für Ferdinand Regelsberger, 1901, S. 355 ff., namentlich mit Rücksicht auf das B. G. B. S. 430—436.

Für Vorstellungstheorie: Zitelmann, B. G. B. S. 156, 2b Cosack B. G. B. I, § 71, 2a, Abs. 1 a. E.; früher Hasse § 20 a. E. „das wissentliche Schaden", „Wollen des Erfolges nicht um seiner selbstwillen". v. Liszt, Lehrbuch des Strafr. § 39 Anm. 2², wo auch Vertreter beider Richtungen angeführt sind: „Vorsatz = Voraussicht des durch die Willensbethätigung bewirkten oder nicht gehinderten rechtswidrigen Erfolges." Vergl. auch Hesse, Arch. für civilistische Praxis Bd. 61 S. 203 ff., die Definitionen des dolus § 5 S. 233. Ziegler a. a. O. S. 6 (§ 3) sagt gerade für die vorliegende Frage: Wer im Augenblick des Handels weiss, dass die Handlung einen bestimmten Erfolg hat, der will diesen Erfolg.

[1]) Jhering Vermischte Aufs. IV, Schuldmoment S. 241 unten „das Wissen kennt keine Grade, darum auch der dolus nicht" Dies gilt aber wohl nur von dem Wissen von etwas gegenwärtigem, also hier der Handlung und ihrer Widerrechtlichkeit, nicht aber vom Erfolg, der nur „vorhergesehen werden kann".

Digitized by Google

den dieses Voraussehen haben muss" (Zitelmann B. G. B. S. 156 und 157 „der dolus eventualis").

Schwierig ist die Scheidung zwischen einem unsicheren Bewusstsein und einem Nichtbewusstsein. Für die Rechtswirkung wird dieser Unterschied besonders bedeutungsvoll, wenn in dem Fehlen der Vorstellung, — selbst in dem Falle, dass dasselbe durch Mangel an Sorgfalt hervorgerufen wurde, — also namentlich auch bei lata culpa — wie in vorliegendem Falle — nicht die Vorbedingung eines Verschuldens erblickt wird.

Als Erfolg des äusseren Verhaltens ergaben sich:

1. Irrtum in dem Käufer,

2. Motivierung des Vertrags durch diesen Irrtum.

Ausserdem war Voraussetzung einer Rechtsfolge, dass dem Käufer ein Schaden entstände.

Bei der Untersuchung des Bewusstseins bezüglich der Folgen des äusseren Verhaltens ergiebt sich daraus, dass der Schaden nicht Thatbestandsmerkmal des arglistigen Verschweigens ist, hier die wichtige Schlussfolgerung, dass bezüglich des Schadens der innere Thatbestand kein Bewusstsein erfordert.

Diese Ansicht wird auch dadurch gestützt, dass sich im Wortsinn des Ausdruckes „arglistiges Verschweigen" kein Anhaltspunkt für das Schädigungsbewusstsein findet. Im B. G. B. ist der dolus mit animus nocendi stets durch besondere Bezeichnungen hervorgehoben (vergl. Kuhlenbeck von den Pand. zum B. G. B. S. 44 a. a. O.) z. B.: „Absicht zu benachteiligen" (§ 1456)[1]. Nach Planck liegt „arglistiges Täuschen"

[1]) S. hierzu Mot. S. 280 cit. nach Mugdan I, S. 507 u. 508 o.

Digitized by Google

sogar vor, „wenn der Täuschende im Interesse des anderen Teils zu handeln glaubte, indem er ihn durch die Täuschung zur Willenserklärung bestimmte“, (Planck B. G. B. I Erl. 2 zu § 123). Anderer Ansicht ist Rehbein (B. G. B. Bem. hinter § 124 III, 3 b, S. 148), der zwar genaues Zusehen fordert, ob wirklich das Beste des Käufers gewollt sei, aber glaubt, dass der erregte Irrtum in diesem Falle „kein Irrtum oder Thorheit“ sei. Uebrigens fordert Rehbein auch „Wissen und Wollen des Irrtums in böslicher (?) Absicht.“ Für die gemeinrechtliche Theorie sei hier nur angeführt Ihering (Lucca-Pistoja-Aktienstreit, Verm. Schrift. S. 284 § 14)[1] „die Annahme des dolus erfordert durchaus nicht die Absicht, dem Anderen zu schaden“.[1]) Man kann in diesen Argumenten lediglich eine Ablehnung der Willenstheorie erblicken, allein in diesem Sinne sind sie dem Zusammenhang nach nicht aufzufassen. Vom Standpunkt der Vorstellungstheorie behandelt die Frage das Reichsgericht (Entsch. Bd. 31 S. 163), wo ausgeführt ist, dass zum dolus im allgemeinen erfordert sei: „Das Bewusstsein, dass durch die Täuschung möglicher Weise ein Schaden herbeigeführt werden kann, welcher ohne dieselbe vermieden sein würde.“ Ausdrücklich wird dann in derselben Entscheidung für Arglist bezüglich der Mängel der verkauften Sache ein solches Bewusstsein für nicht erforderlich erklärt.

Vor näherem Eingehen auf die Vorstellung des Verkäufers über die nächsten Erfolge des äusseren Verhaltens ist darauf hinzuweisen, dass es auf das

---

[1]) Anderer Ansicht Hesse a. a. O. § 12, s. auch Fischer-Henle, B.G.B. § 276, III u. 443 III.

Digitized by Google

Bewusstsein des Vertragschliessenden („Verkäufers") ankommt; auf die Vorstellung des Boten kommt es nicht an.

Bei der Stellvertretung ist die Kenntnis des Vertreters zunächst massgebend. Allein die Bestimmung des § 166 II B. G. B. lässt in diesem Falle auch das Bewusstsein des Vertretenen relevant werden, so dass also hier unter Umständen arglistiges Verschweigen vorliegt, wenn das äussere Verhalten vom Vertreter bewusst gewollt ist, das Bewusstsein des Erfolges aber nur in dem Vertretenen vorhanden war.

Im folgenden ist nun das Bewusstsein des Verkäufers bezüglich der beiden nächsten Erfolge des äusseren Verhaltens zu betrachten.

Der erste dieser Erfolge ist der Irrtum des Käufers über die objektive Thatsachenlage bezüglich der Sacheigenschaften. Das Bewusstsein dieses Erfolges erfordert:

1. Kenntnis des Verkäufers von der objektiven Thatsachenlage bezüglich dieser Eigenschaften.
2. Vorstellung des Verkäufers von dem Entstehen einer dieser objektiven Thatsachenlage entgegengesetzten — also unrichtigen subjektiven Vorstellung des Käufers von diesen Eigenschaften infolge des eigenen Verhaltens.

Bezüglich des weiteren Erfolges kommt noch hinzu:

3. Vorstellung des Verkäufers von der Beeinflussung des Käufers durch diesen Irrtum bei Billigung der zur Erfüllung bestimmten Sache.

Um das seelische Verhalten bezüglich des Erfolges näher aufzuklären, sollen diese drei Punkte nun so

Digitized by Google

behandelt werden, dass die Fälle der Kenntnis, unsicheren Kenntnis und Unkenntnis in den möglichen Kombinationen betrachtet werden.

I. Erster Fall: Der Verkäufer kennt die objektive Thatsachenlage bezüglich der Eigenschaften, er weiss z. B., dass das verkaufte Haus von Schwamm durchsetzt ist.

1. In diesem Fall ist zweifellos das Bewusstsein möglich, dass er durch sein Schweigen im Käufer die Vorstellung hervorruft, das Haus sei ohne Tadel.

Hier liegt Arglist vor, wenn er weiss, dass der Irrtum den Käufer veranlasst, das Haus zu kaufen, genauer, wenn er wissentlich den Irrtum in in dem früher genannten Sinne erregt und erhält oder benutzt.

Zweifelhafter liegt der Fall, wenn das sichere Bewusstsein von der Beeinflussung des Käufers durch den Irrtum nicht vorhanden ist, aber doch immerhin die Vorstellung da ist, dass der Käufer sich möglicherweise durch den Irrtum zur Billiguug der Qualität bewegen lasse. Behandelt ist diese Frage (dolus eventualis) weiter unten.

Scharf zu scheiden ist von diesem Fall die Möglichkeit, dass der Verkäufer sich die Beeinflussung des Käufers gar nicht als Erfolg vorstellt. Es wäre hier an den Fall zu denken, dass der Käufer, wie Verkäufer weiss, einen bestimmten Gegenstand, z. B. ein Haus, zu Spekulationszwecken haben muss, und es deshalb unter allen Umständen nehmen wird; oder der Verkäufer nimmt an, der Käufer wolle das Haus abbrechen. Eine Täuschung wäre

Digitized by Google

hier regelmässig irrelevant, da hier im Verkäufer „das Bewusstsein der Beeinflussung“ fehlt. Immerhin könnte aber im Einzelfall fraglich sein, ob der Käufer nicht bei Kenntnis der Sachlage auf Herabsetzung des Preises bestanden hätte. Bezüglich grobfahrlässiger Unkenntnis vergl. S. 61 u. 62.

2. In dem Falle, wo der Verkäufer die Mängel der verkauften Sache kennt, kann aber möglicher Weise bezüglich der Erregung des Irrtums auch nur ein unsicheres Bewusstsein vorliegen. Der Verkäufer glaubt, der Käufer werde den wahren Sachverhalt doch merken, stellt sich aber den Fall einer Täuschung als möglich vor.

Eine derartige Vorstellung kann von rechtlicher Bedeutung werden, wenn dazu eine gleiche Vorstellung bezüglich der Beeinflussung des Vertrages durch den Irrtum kommt. (dolus eventualis s. S. 71.)

Auch hier wird also stets zu prüfen sein, wo die Grenze zwischen einem zweifelnden Bewusstsein und einem Nichtbewusstsein ist.

3. Der Verkäufer kann aber auch trotz Kenntnis der Mängel der Ansicht sein, dass sein Verhalten keinen Irrtum in dem Käufer hervorrufe; er setzt bei dem Käufer Kenntnis des objektiven Thatbestandes voraus. Bei negativem Verhalten genügt diese Meinung regelmässig zum Ausschluss der Arglist. Unter Umständen muss aber auch noch verlangt werden, dass der Verkäufer dem Käufer das Urteil zutraut, dass er durch das Verschweigen des Verkäufers nicht in Irrtum versetzt werde. Bei einem positiven

Digitized by Google

Verhalten wird dieses Bewusstsein stets verlangt werden müssen.

II. Zweiter Fall: Das Wissen des Verkäufers vom objektiven Thatbestand ist ein unsicheres. Der Verkäufer hat beispielsweise die Vermutung, dass das verkaufte Haus von Schwamm durchsetzt sei. In diesem Falle kann das Bewusstsein des Verkäufers von dem Entstehen einer objektiv unrichtigen Vorstellung im Käufer auch nie gewiss sein.

1. Es fragt sich, ob Arglist vorliegt, wenn er das ungewisse Bewusstsein hat, dass der Irrtum erregt werde und weiter, dass der Käufer durch diesen Irrtum bei dem Vertragsschlusse beeinflusst wird. Dieser Fall und der gegensätzliche, dass das Bewusstsein fehlt, wird erörtert bei Kuhlenbeck (Jur. Wochenschrift 1896 15/17 S. 125). Es sind hier (nach Bolze XIV Nr. 287 u. 286) zwei Reichsgerichtsentscheidungen behandelt, in denen es sich um den schon mehrfach hier vorgebrachten, den gewöhnlichen Gebrauch ausschliessenden Fehler eines verkauften Hauses, nämlich Schwamm, handelt. In beiden Fällen hat der Verkäufer keine Mitteilung von diesem Fehler gemacht, obwohl er in dem einen Falle „ernste Bedenken“ bezüglich des Vorhandenseins des Fehlers hatte, im anderen das Vorhandensein eines solchen „für möglich“ hielt.

Das Reichsgericht macht nun im ersten Falle den Verkäufer haftbar, im zweiten nicht. Kuhlenbeck führt die abweichenden Entscheidungen darauf zurück, dass im ersteren Falle dolus eventualis, im zweiten lata culpa vorläge. Im Anschlusse hieran soll nun auf

Digitized by Google

die im Vorhergehenden schon mehrfach erwähnte Frage des dolus eventualis kurz eingegangen werden.[1])

Zunächst geht aus den angeführten Urteilen hervor, dass ein nicht zu unbestimmtes Bewusstsein des Erfolges (zunächst nur der objektiven Thatsachenlage) verlangt wird. So wird man vielleicht dann dolus eventualis annehmen, wenn die Bedenken solche sind, „dass der Verkäufer als redlicher Mann sich nicht lediglich passiv verhalten durfte, sondern den Bedenken nachzugehen und sich über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Schwammes zu vergewissern zu suchen hatte.“ (Bolze No. 287). Hierzu muss kommen, dass der Verkäufer nun in bewusstem Willen die Aufklärung unterlässt oder eine falsche giebt und gerade bei dem Unterlassen oder der Falschmitteilung dies unsichere Bewusstsein hat. Er muss die Sinnesrichtung haben, dass er sich sagt: Trotzdem ich zweifelhaft bin, will ich dies sagen oder verschweigen.

So lassen sich wohl Umrisse des Begriffes „dolus eventualis“ zeichnen, aber seiner näheren Feststellung werden sich in abstracto fast unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstellen.

---

[1]) **Hasse a. a. O. S. 84 § 20 baut den Unterschied zwischen dolus und culpa lata auf den Unterschied zwischen „Kenntnis des gewiss bevorstehenden schädlichen Erfolges“ und „Kenntnis der nahe drohenden Gefahr auf. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht III S. 349 (angeführt bei Hesse a. a. O. § 11 S. 238, Anm. 97 oben, Arch. für civ. Praxis) sagt: „Bei vorhandener Einsicht, dass der Erfolg möglicherweise eintreten könne, sei die Billigung dieses Erfolges dolus (eventualis); die Hoffnung, dass er nicht eintreten werde, begründe lata culpa.“ S. auch Hesse a. a. O. S. 233, Anm. 99: „Auch wenn der Schaden bloss möglich erscheint, aber wissentlich und absichtlich das geschieht, was ihn herbeiführen kann, liegt doch ein doloses Verhalten vor.“**

Digitized by Google

Was Crome (Arch. f. civil. Praxis 78 IV S. 127) vom dolus überhaupt sagt, trifft auf den dolus eventualis ganz besonders zu: Die Annahme eines dolus (eventualis) hängt „naturgemäss stets ab von der Würdigung der individuellsten Umstände des Einzelfalles".

Eine Ueberspannung des so flüssigen Begriffes „dolus eventualis" wird im vorliegenden Falle dann verhindert, wenn man stets vor Augen hält, dass zum arglistigen Verschweigsn erfordert wird:

a. Die Vorstellung: Wahrscheinlich fehlt der Sache eine wertsteigernde, oder hat sie eine wertmindernde Eigenschaft.
b. Die Vorstellung: Durch mein Verhalten wird im Käufer wahrscheinlich eine falsche Anschauung über die wahre Thatsachenlage hervorgerufen oder erhalten.
c. Die Vorstellung: Diese der Wahrscheinlichkeit nach falsche Vorstellung des Käufers wirkt in der oben S. 19 bestimmten Weise auf ihn motivierend ein.

Hieraus folgt, dass arglistiges Verschweigen nicht vorliegt, wenn der Verkäufer zwar das ungewisse Bewusstsein bezüglich des Irrtums hat, aber glaubt, der Käufer lasse sich in seinem Verhalten durch diesen nicht beeinflussen.

2. Noch weniger liegt Arglist vor, wenn der Verkäufer zwar ernste Bedenken bezüglich des Vorhandenseins von Fehlern hat, aber keine Bedenken darüber, dass der Käufer — vielleicht wegen grösserer Fachkenntnis — den Sachverhalt kenne oder wenn der Verkäufer auch nur annimmt, der Käufer rechne mit der Möglichkeit des Schwammes.

Digitized by Google

III. Ausgeschlossen ist (Dritter Fall) Arglist bei dem Fehlen einer Vorstellung im Verkäufer über den objektiven Thatbestand oder bei Vorhandensein einer der wahren Sachlage entgegengesetzten Vorstellung.

IV. Seelisches Verhalten zur Widerrechtlichkeit.

Es bleibt die Frage zu prüfen, ob und welche Beziehung zwischen Vorsatz und Rechtswidrigkeit zum Thatbestande des arglistigen Verschweigens gefordert werden muss. Vielfach wird bestritten, dass bei einem Verschulden das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu verlangen ist.[1])

M. E. darf man für den Begriff des arglistigen Verschweigens dieses Bewusstsein aber umsomehr fordern, als „das Gesetz das Merkmal der Rechtswidrigkeit, wie oben (S. 60) angedeutet ist, in den Thatbestand aufgenommen hat“ (v. Liszt, Lehrb.

[1]) Verlangt wird es von Zitelmann (a. a. O. S. 157, 3), „Der Handelnde muss die objektive Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bezw. der Verursachung dieses Erfolges kennen.“ Ebenso fordert Windscheid-Kipp (§ 101 b. Anm. 6 und Anm. 10c) „Bewusstsein der Rechtswidrigkeit“ des Erfolges. Dagegen Windscheid-Kipp, Anhang über B. G. B. zu § 101 zu 1 bis 4, 1: „Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist allgemeines Erfordernis des vorsätzlichen Handelns im B. G. B. nicht.“ Aehnlich Matthiass (I, § 61, II B. I S. 246 o.) verlangt Bewusstsein. „Die Handlung werde den rechtswidrigen Erfolg herbeiführen.“ Binding (Normen II § 52 S. 306 hinter 431) „vermag — in den römischen Quellen — keinen Fall nachzuweisen, wo das Bewusstsein, dass man etwas Unbilliges oder Unerlaubtes anstrebe, nicht verlangt würde“. Gegner dieser Anschauung ist vor allem v. Liszt, der aber zuzugeben scheint, dass das B. G. B. das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Schuldbegriff fordert (v. Liszt Grenzgeb. zwischen Privat- und Strafr. § 9 S. 41, II).

Digitized by Google

d. Strafr. § 40 II Anm. 4 S. 159, s. auch Windscheid-Kipp an der oben citierten Stelle), und es somit hier selbst von den Gegnern der allgemeinen Forderung des Bewusstseins (v. Liszt a. a. O.) angenommen wird.

Verletzt ist im vorliegenden Falle das Recht dessen, der mit dem Verkäufer einen Vertrag abschliesst, bei der Billigung der zur Erfüllung bestimmten Sache nicht durch eine vom Verkäufer erregte oder erhaltene falsche Vorstelluug über gewisse Eigenschaften der Sache beeinflusst zu werden. Damit der Verkäufer weiss, dass die Person, der gegenüber er handelt oder zu handeln unterlässt, dieses Recht hat, muss er zunächst wissen, dass es sich um den Abschluss eines Kaufvertrages handelt. Unkenntnis hierüber kann dadurch hervorgerufen sein, dass der Verkäufer den äusseren Thatbestand, der zu einem Kaufvertrag gehört, nicht für vorhanden erachtet und dadurch, dass er die Merkmale eines Kaufvertrages nicht kennt.

Im ersteren Falle läge thatsächlicher, im zweiten Rechtsirrtum vor (Dernburg Pandekten V. Aufl. 1896 I § 87, 5. Anm.). Rechtsirrtum liegt ebenfalls vor, wenn der Verkäufer zwar weiss, dass es sich um einen Kauf handelt, sich aber nicht bewusst ist, dass das Recht sein Verhalten verbietet. Der aufgestellten Regel nach würde Arglist in beiden Fällen ausgeschlossen sein.

Für den thatsächlichen Irrtum ist denn diese Folgerung auch wirklich zu ziehen; bei dem Rechtsirrtum aber gilt eine Besonderheit.[1])

Regelmässig findet Rechtsirrtum keine Beachtung; nur dann ist er entschuldbar, wenn es unmöglich

[1]) Zitelmann, B. G. B. a. a. O. S. 157 3a a. E.

Digitized by Google

war, sich über den betreffenden Rechtssatz zu unterrichten.

Eines näheren Eingehens auf die Frage, wann Rechtsirrtum entschuldbar ist,[1]) bedarf es hier m. E. aus folgendem Grunde nicht. Von einer Unmöglichkeit, sich über einen Rechtssatz zu unterrichten, kann dann nicht gesprochen werden, wenn es sich um eine Gesetzesbestimmung handelt, die jedermann geläufig ist.

Und dies ist hier der Fall. Der Verkäufer handelt gegen Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Diese Wendung ist nun gerade eine Bezeichnung des Gefühls für ehrliches Handeln, welches das Recht bei dem Einzelnen „voraussetzt". (Pernice, Labeo II, VI S. 494). Die Laienkenntnis (Pernice a. a. O. S. 494 vorl. Zeile) des Rechts umfasst diesen Rechtsbegriff, und darum gilt bei Fehlen dieser scientia, quam quis per se habeat, (l. 10 D XXXVII, 1) der Satz: error juris nocet.

Bezüglich der Kenntnis des Verkäufers davon, dass er gegen eine Rechtsvorschrift handelt, lässt sich also die einfache Formel aufstellen: Wenn der Verkäufer wissentlich falsche Angaben über die Sacheigenschaften macht oder bei Kenntnis der Prüfungserschwerung für den Käufer Angaben unterlässt, so wird vorausgesetzt, dass er sich bewusst ist, gegen das Gesetz zu handeln.[2])

---

[1]) Siehe hierüber **Windscheid-Kipp** I, § 79a bei Anm. 5—12 und daselbst im Anhang über B. G. B. zu § 79a Nr. 4.

[2]) Das Erfordernis des Bewusstseins der Widerrechtlichkeit scheint für den behandelten Fall ähnlich zu verstehen **Binding** (Normen II S. 309): „Wer weiss, dass die Sache, die er verkauft, voll heimlicher Fehler steckt, weiss genau das, was ihm notwendig ist, um die Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise und die Pflicht, sie zu unterlassen, einsehen zu müssen."

Digitized by Google

Nach der von mir aufgestellten Ansicht wird es bei dem durch Unterlassen einer Aufklärung begangenen „arglistigen Verschweigen" darauf ankommen, und das sei besonders hervorgehoben, ob der Verkäufer genau die thatsächlichen Voraussetzungen, welche ihm entgegen der Regel eine Aufklärungspflicht auferlegen, kennt. Er muss also wissen, dass der Käufer in seiner Prüfung behindert ist. Am sichersten lässt sich hierfür der Nachweis führen, wenn der Verkäufer selbst die Prüfung erschwert hat, z. B. durch Ueberstreichen schwammverdächtiger Balken mit Oelfarbe. In anderen Fällen wird dieser Nachweis häufig sehr schwierig sein, was aber nicht davon abhalten darf, ihn zu fordern. Denn wenn dies Bewusstsein nicht nachgewiesen ist, fehlt eben der Nachweis, dass das Thatbestandsmerkmal des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit vorhanden ist.

Auch insofern kann das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fraglich werden, als der Verkäufer sich zwar bewusst ist, dass sein Verhalten der Regel nach gegen Treu und Glauben verstiesse, aber annimmt, im bestimmten Einzelfall berechtige ihn die Thatsachenlage zu seinem Verhalten.[1])

In diesem Falle ist wieder zwischen thatsächlichem und Rechtsirrtum zu unterscheiden.

Beruht der Irrtum des Verkäufers darauf, dass er glaubt, in dem bestimmten Falle liege eine besondere

---

[1]) Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kann nnn aber auch dadurch in Frage gestellt werden, dass der Verkäufer zwar „die objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens bezw. der Verursachung dieses Erfolges an sich kennt", aber annimmt, „dass ein besonderer Ausschliessungsgrund der Rechtswidrigkeit vorliege." (Zitelmann, B.G.B. S. 157, 3b B.)

Digitized by Google

Thatsache vor, so gilt das vorher vom thatsächlichen Irrtum Gesagte. Glaubt er dagegen, es greife im Einzelfalle ein regelwidriger besonderer Rechtssatz ein, so ist auf das oben vom Rechtsirrtum Gesagte zu verweisen.

Erwähnt seien hier folgende Fälle: Der Verkäufer glaubt, es handle sich um den Verkauf einer Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand (§ 461), während in Wirklichkeit kein derartiger Fall vorliegt (vergl. S. 41) und unterlässt nun, trotzdem wegen Erschwerung der Prüfung für den Käufer eine Aufklärungspflicht besteht, wegen seines Irrtums die Aufklärung. Error juris wird hier dem Verkäufer schaden. Oder der Verkäufer einer fehlerhaften Sache setzt für diese einen besonders geringen Preis an und glaubt nunmehr von der Aufklärungspflicht entbunden zu sein, trotzdem die Prüfung des Käufers erschwert ist. Es liegt hier ein error juris vor, welcher dem Verkäufer schadet: Er soll hier die Preisbestimmung nicht einseitig vornehmen. Meistens wird aber in dem letzteren Falle zu dem Mangel des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit Mangel der Vorstellung vom Erfolg treten.[1])

Auch wird gerade die geringe Preisbestimmung an sich den Käufer auf die Fehler der Sache hinweisen,

[1]) So in dem von Crome (Arch. für civil. Praxis 78 S. 142b) angeführten Beispiel, wo „der Veräusserer angenommen hat, und nach Lage der Sache annehmen konnte, dass der betreffende Mangel bei dem Kaufe gar nicht weiter in Betracht komme, indem der Erwerber denselben selbst bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht habe übersehen können und der auf dem Mangel beruhende Minderwert der Sache beim bedungenen Preise schon in Anrechnung gekommen sei".

Digitized by Google

dadurch eine bestehende Erschwerung der Prüfung ausgleichen und somit häufig eine etwa vorhandene Aufklärungspflicht beseitigen.

V. Der subjektive Thatbestand des strafrechtlichen Betrugs.

Eine Gegenüberstellung der subjektiven Thatbestandsmerkmale des arglistigen Verschweigens und des Betruges des § 263 Str. G. B. ergiebt folgende wichtigen Unterschiede: Bei dem strafrechtlichen Betruge ist stets das Bewusstsein der Schädigung zu verlangen, weil hier das Entstehen eines Schadens zum Thatbestande gehört. Ferner muss bei dem Betruge des § 263 Str. G. B. die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, festzustellen sein, d. h. die ganze Handlung muss von vornherein von einem bestimmten Motiv beeinflusst sein.

Das Schädigungsbewusstsein wie auch der animus lucri faciendi (s. hierzu Ziegler a. a. O. S. 6. § 3 b. Anm. 14) fallen dagegen, wie gezeigt, bei arglistigem Verschweigen fort.

Digitized by Google

Abschliessende Erörterungen.

Nachdem nunmehr versucht worden ist, die einzelnen Thatbestandsmerkmale des arglistigen Verschweigens festzustellen, ergiebt sich die Beantwortung der Frage, welchem Rechtsbegriff sich dies Verschulden unterordnen lässt, von selbst.[1] Es ist eine Art des dolus[2] in contrahendo.

I. Arglistiges Verschweigen und innerkontraktliches Verschulden.

Durch die Konstruktion des arglistigen Verschweigens als culpa in contrahendo ist die Abgrenzung des Begriffs gegen das innerkontraktliche Verschulden des § 276 B. G. B. gegeben, es ist erklärt, weshalb trotz dieses Paragraphen das arglistige Verschweigen im Abschnitt §§ 459—493 besonders zu nennen war.

---

[1]) „Unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt dies Verschulden fällt." (Zitelmann B. G. B. I, S. 165.)

[2]) Die Frage der culpa in contrahendo hat eingehend Jhering behandelt. (Jhering Jahrb. IV, S. 52; s. Mommsen Haftung d. Contr. I, § 1 S. 1.) Die Jheringsche Lehre ist sehr bestritten. Allein selbst Mommsen, der sie besonders bekämpft, erkennt einen dolus in contrahendo an (s. z. B. a. a. O. § 41 S. 17 ff.). Hier wird gerade der Fall des dolus bezüglich der Sacheigenschaften besprochen. Der Ausdruck „dolus in contrahendo" wird von Mommsen z. B. a. a. O. Anh. I, S. 143 gebraucht. (S. auch Hanausek II, § 45 II, S. 186). Somit kommt hier die Kontroverse über die culpa in contrahendo nicht in Betracht, da dieselbe nur bezüglich der culpa in contrahendo i. e. Sinne (culpa = fahrlässiges Verschulden) besteht.

Digitized by Google

Besonders klar tritt die Abgrenzung zwischen innerkontraktlichem Verschulden und culpa in contrahendo im § 524 II B. G. B. hervor.

Hier wird bei Behandlung des Falles, dass der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache verspricht, folgendermassen unterschieden:

1. „ist der Mangel dem Schenker bei dem Erwerb der Sache (die er erst erwerben sollte, nachdem er sie bereits verschenkt hatte), — bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen“ (innerkontraktlich vergl. Planck a. a. O. Erl. Ib Abs. 2 S. 2, S. 288.)
2. „hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen“ (ausserkontraktlich).

Aus dieser Stelle kann man entnehmen, wie der Ausdruck „arglistiges Verschweigen“ im Gegensatz zum Ausdruck „Vorsatz“ zur Kennzeichnung des dolus in contrahendo vom Gesetzbuch gewählt ist.

Gerade der im Ausdruck hervortretende Unterschied gegen das innerkontraktliche Verschulden lässt m. E. nicht zu, — worauf schon S. 26 hingewiesen wurde —, auch dann von arglistigem Verschweigen im technischen Sinne der §§ 459 ff. zu sprechen, wenn ein dem Vertragsschluss nachfolgendes Verhalten des Verkäufers bei der Erfüllung in Betracht kommt. Ich nehme daher an, dass arglistiges Verschweigen auch im § 477 ff. B. G. B. lediglich den dolus in contrahendo bezeichnen soll, dass dagegen in den von Cosack a. a. O. II, II § 127 II, 9, d. (S. 432) auch unter das arglistige Verschweigen einbezogenen Fällen eine Haftung ex

Digitized by Google

contractu eintritt unter der Voraussetzung, dass das Verhalten des Verkäufers einen Verstoss gegen § 242 B. G. B. darstellt.

II. Arglistiges Verschweigen und die Thatbestände der §§ 826, 823, I u. 823, II B. G. B.

Bei einer Betrachtung des Verhältnisses, in dem das arglistige Verschweigen zu den unerlaubten „Handlungen“ des B. G. B. steht, fällt zunächst eine Aehnlichkeit des Thatbestandes mit dem des **§ 826** auf: beide Thatbestände verlangen vorsätzliches Verschulden. (Vorsatz hier im allgemeinen Sinne.) Ein wichtiger Unterschied zwischen arglistigem Verschweigen und dem Delikt des § 826 ist der, dass § 826 das Bewusstsein der Schädigung verlangt, während das arglistige Verschweigen dies nicht fordert. Ueber das Verhältnis zwischen „guten Sitten“ und „Treu und Glauben nach der Verkehrssitte“ ist oben (S. 27 Anm. 1) bereits gesprochen. Es ist möglich, dass dieselbe Handlung arglistiges Verschweigen und Delikt des § 826 B. G. B. ist, aber nicht notwendig. **§ 823** I, der das Bewusstsein der Schädigung nicht verlangt, greift dann Platz, wenn durch „arglistiges Verschweigen“ eines der hier angeführten Rechtsgüter oder absoluten Rechte verletzt wird (s. Cosack a. a. O. § 163 I S. 587). **§ 823** II greift nach Planck (Erl. 3 zu § 463 a. a. O. S. 249 auch Erl. zu § 123 I S. 174) regelmässig ein. M. E. trifft dies aber nur dann zu, wenn durch das arglistige Verschweigen gleichzeitig strafrechtlicher Betrug oder ein Vergehen gegen das „Nahrungsmittel-“, „Wein-“ oder ein ähnliches Gesetz oder Uebertretung einer Polizeiverordnung begangen wird.

Digitized by Google

III. Arglistige Täuschung des § 123 und arglistiges Verschweigen.

Sehr nahe steht dem arglistigen Verschweigen der §§ 459 ff. die arglistige Täuschung des § 123 B. G. B.[1])

Nach meiner Begriffsbestimmung des arglistigen Verschweigens giebt der Ausdruck „arglistige Täuschung" den Begriff hinsichtlich des äusseren Verhaltens besser und umfassender wieder als der vom Gesetz gewählte; denn wenn man bei dem Ausdruck „arglistiges Verschweigen" zunächst nur an Unterlassung denkt, umfasst die Täuschung sowohl die positive wie die negative Seite im äusseren Verhalten.[2])

In dieser Hinsicht besteht also, trotz der Verschiedenheit im Ausdrucke, nur der Unterschied, dass die Täuschung in den §§ 459 ff. sich auf die Sacheigenschaften beziehen muss, während in § 123 auch Täuschung über andere Umstände erheblich sein kann.

Bezüglich des Erfolges ergiebt sich eine weitere Abweichung.[3]) Die arglistige Täuschung des § 123 wirkt motivierend auf die Willenserklärung, welche der Käufer bei dem Vertragsschlusse abgiebt. Das „arglistige Verschweigen" der §§ 459 ff. dagegen motiviert die Billigung einer bestimmten Sache zur Erfüllung, d. h. die Vereinbarung, qualis sit res. Wie man in diesem Sinne sagen kann, dass die arglistige Täuschung des

---

[1]) S. Planck Erl. 3, Satz 2 zu § 463 a. a. O. S. 249: „der Käufer wird in solchem Falle regelmässig auch den Kauf nach § 123 Abs. 1 anfechten können. Vergl. hierzu auch v. Bechmann Kauf. I, § 260 II, S. 302 u. Windscheid-Kipp, Anhang über B.G.B. zu § 395 I g. (S. 655 unten).

[2]) Kuhlenbeck, Jur. Wochenschr. 1896, 15—17 S. 122, spricht (m. E. mit Unrecht) nur von einer „Fiktion, die Verschweigung als negative Täuschung gelten zu lassen".

[3]) S. hierbei oben S. 20.

Digitized by Google

§ 123 den dolus causam dans, das arglistige Verschweigen der §§ 459—493 aber den dolus incidens darstellt, ist oben S. 20 fg. bereits ausgeführt. Endlich ist zum Entstehen des Anfechtungsanspruchs aus § 123 B. G. B. nicht nötig, dass dem Käufer ein Schaden entsteht; es genügt, dass der Käufer durch die Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung bestimmt worden ist, mag diese selbst vorteilhaft für ihn gewesen sein. Bei dem arglistigen Verschweigen des § 463 B. G. B. dagegen ist das Entstehen eines Schadens Voraussetzung für den Anspruch des Käufers. Begrifflich liegt hierin kein Unterschied, da ja, wie mehrfach betont, auch bei dem „arglistigen Verschweigen" der §§ 459 ff. das Entstehen eines Schadens nicht zum eigentlichen Thatbestande gehört.

Und so äussern sich in der arglistigen Täuschung des § 123 und dem arglistigen Verschweigen der §§ 459 ff. lediglich die beiden Arten des dolus, welche Pernice für das Römische Recht behauptet (Labeo II 82—85 S. 174 ff.): Die actio doli (auf Wiederaufhebung eines durch dolus zu Stande gebrachten Rechtsgeschäfts, a. a. O. S. 176, 83. — Die subsidiäre actio doli auf Schadensersatz enthält § 826 B. G. B.) — und die actio emti wegen dolus (a. a. O. S. 179, 84 Erl. 85.)

Digitized by Google

Digitized by Google

Lebenslauf.

Karl Schiedges, geboren am 21. August 1878 zu Düsseldorf, Sohn von Rechtsanwalt Justizrat Ferdinand Schiedges und Klara geb. Schwarz, besuchte von Ostern 1888 bis dahin 1897 das Städtische Gymnasium zu Düsseldorf. Von 1897 bis 1900 bezog er die Universitäten Heidelberg, München, Berlin und Bonn, auf denen er rechts- und staatswissenschaftliche Vorlesungen bei folgenden Herren hörte:

in Heidelberg: Affolter, Bekker, Buhl, Jellinek, Leser und Schröder;

in München: v. Bechmann, Brentano, Grueber und v. Sicherer;

in Berlin: Bornhak, Crome, Eck, Kahl, Kohler, Meitzen, Reinhold, Sering und Wagner;

in Bonn: Bergbohm, Cosack, Crome, Gothein, Landsberg, Seuffert und Zitelmann.

Am 31. Mai 1900 bestand er in Cöln die erste juristische Prüfung und trat am 11. Juni 1900 den Vorbereitungsdienst als Referendar zunächst bei dem Königl. Amtsgericht Ratingen an. Seit dem 12. März 1901 ist er dem Königl. Landgericht Düsseldorf überwiesen.

Meinen vorgenannten akademischen Lehrern spreche ich meinen aufrichtigen Dank aus.

Digitized by Google

Namentlich fühle ich mich Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Zitelmann für die Unterstützung und Anregung meines Studiums durch das von ihm geleitete juristische Seminar verpflichtet. Herrn Professor Dr. Landsberg statte ich vor allem für die reiche Förderung, welche er der vorliegenden Dissertation in liebenswürdigster Weise zu teil werden liess, meinen ganz besonderen Dank ab.

Digitized by Google

Thesen.

I. Bei einem Kaufvertrage, der nach § 313 B. G. B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, ist die Zusicherung einer Eigenschaft auch dann verbindlich, wenn sie nicht in dieser Form geschieht.

II. Die im § 326 B. G. B. vorgeschriebene Fristsetzung ist auch dann erforderlich, wenn der eine Teil die Erfüllung verweigert. Dies gilt entsprechend im § 375 Absatz 2 H. G. B., wenn der Käufer sich weigert, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

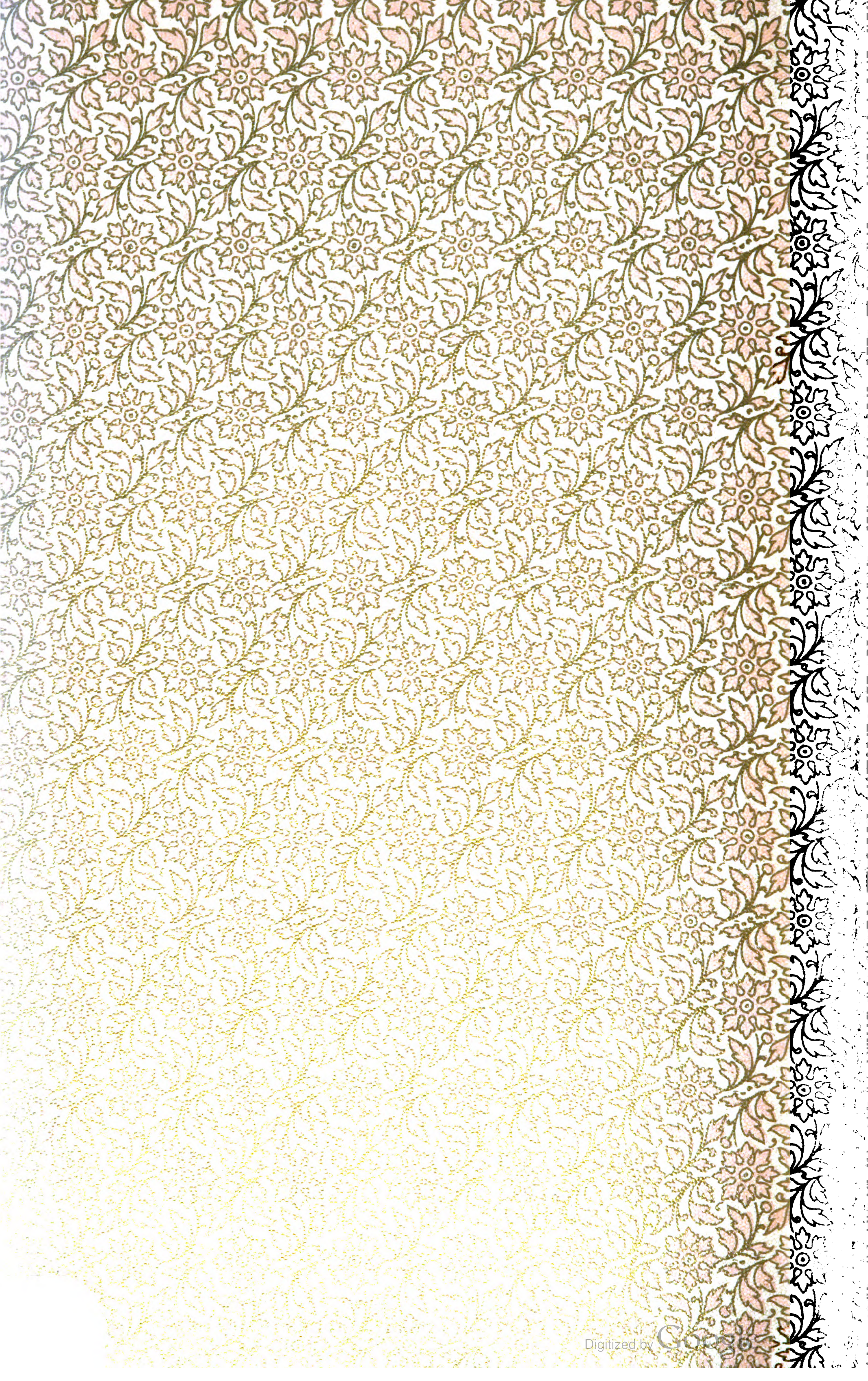
III. Mit Recht nimmt das Reichsgericht an, strafrechtlicher Betrug durch Täuschung des Prozessrichters seitens einer Partei liege nicht schon dann vor, wenn Behauptungen das Mittel der Täuschung bilden, sondern nur in dem Falle, dass auf Irreführung berechnete Beweismittel vorgebracht werden.

Digitized by Google

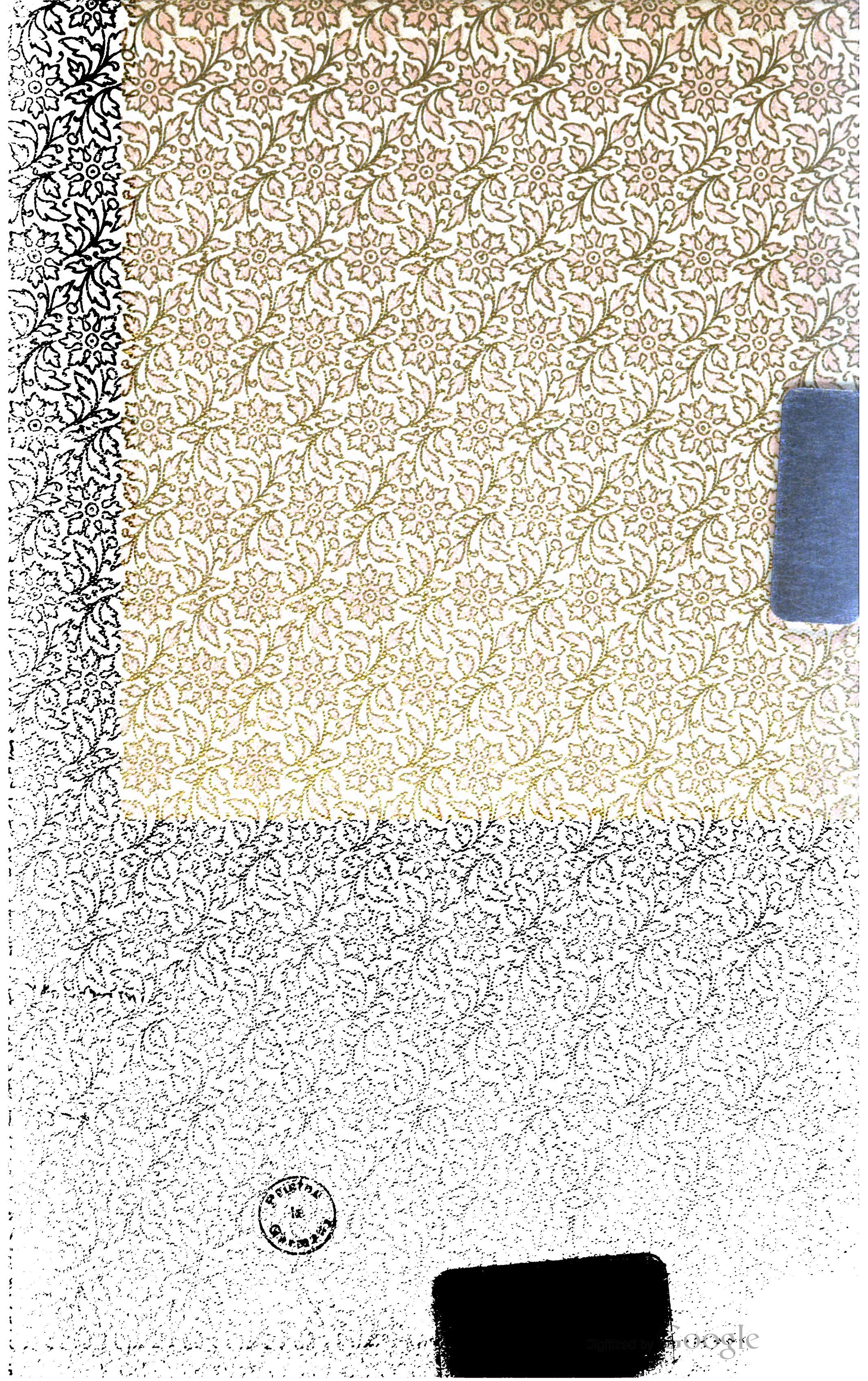
Digitized by Google



Digitized by Google



Digitized by Google


Printed in Germany
Digitized by Google

